

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE
FACULTÉ DE DROIT

***Une exigence d'effectivité inhérente à la norme antidiscriminatoire québécoise :
L'éclairage de l'intersectionnalité***

Par Vanessa Tanguay
Maîtrise en droit

Mémoire sous la supervision de Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez
soumis à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, Québec
en vue de l'obtention du grade de Maître en droit.

10 juin 2016

© Vanessa Tanguay, 2016

REMERCIEMENTS

Merci aux professeurs Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez pour leur supervision dans ce projet. Vous m’avez appris que les incertitudes étaient essentielles au travail de chercheur et que je me devais de les utiliser pour approfondir ma réflexion et dépasser les limites. Votre précieuse aide et vos judicieux conseils m’ont permis de me rendre plus loin que je l’aurais espéré. Vous êtes des chercheurs inspirants et je souhaite poursuivre mes travaux avec la même rigueur intellectuelle et excellence que vous m’avez apprise. Merci au professeur Daniel Proulx pour son évaluation constructive de ce mémoire. Votre perspective et votre expertise sont d’une valeur inestimable et ont suscité des réflexions qui me seront utiles dans la poursuite de mes recherches sur l’égalité.

Merci à toute l’équipe du Tribunal des droits de la personne où j’ai réalisé mon stage, principalement l’Honorable Michèle Pauzé. Mon expérience a tellement été enrichissante que j’y ai été inspirée pour commencer des travaux sur l’égalité, la *Charte des droits et libertés de la personne* et l’intersectionnalité. Merci d’avoir semé et fait grandir en moi le germe de cette passion pour la recherche sur les droits et libertés.

Merci à Léa pour ta présence constante qui m’a permis d’être disciplinée et d’avancer mon travail, mais surtout pour ton amitié dans les épisodes de doutes et ceux de fierté. Merci d’avoir subi mes réflexions à voix haute, d’avoir posé des questions m’obligeant à clarifier ma pensée et d’avoir accepté de faire d’innombrables relectures de plans de rédaction et de parties de texte.

Merci François d’avoir cru, parfois plus que moi-même, à mon potentiel pour mener ce projet. Merci pour les encouragements, la patience et le soutien, merci d’être fier de ce que je réalise.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES.....	IV
RÉSUMÉ	V
INTRODUCTION.....	1
PARTIE I — PROBLÉMATIQUE	8
I. LA CHARTE QUÉBÉCOISE DES DROITS ET LIBERTÉS : ÉCART ENTRE LA DÉTERMINATION DU SENS DE LA NORME ANTIDISCRIMINATOIRE ET LA RÉCEPTION DE LA « RÉALITÉ » SOCIALE DE LA DISCRIMINATION.....	8
A. <i>Le système québécois de promotion et de protection des droits et libertés de la personne</i>	9
i. Le contexte juridique dans lequel s’inscrit la Charte québécoise	9
ii. Le champ d’application de la Charte québécoise	12
iii. Les recours de la victime et les institutions.....	13
B. <i>Une loi fondamentale à caractère constitutionnel : approches interprétatives de la Charte québécoise.</i>	17
i. La réalisation de l’objet par l’interprétation de la norme	18
ii. Les contextes législatif, de valeur et social	20
C. <i>Le droit à l’égalité : vers la détermination du sens de la norme intégrant la « réalité » sociale de la discrimination.....</i>	26
i. Un déplacement dans la réception de la discrimination : d’une signification de la norme en tant qu’égalité formelle à l’égalité dite « réelle »	26
ii. Une exigence d’effectivité inhérente à la norme antidiscriminatoire québécoise : construction de l’hypothèse ...	28
D. <i>Les limites à réaliser le plein potentiel de l’exigence d’effectivité : écart entre la « réalité » sociale de la discrimination et sa réception aux fins de détermination du sens de la norme antidiscriminatoire.....</i>	33
i. L’interprétation judiciaire de la norme antidiscriminatoire québécoise : les critères de détermination des discriminations dites « réelles »	33
ii. Des discriminations « réelles » qui glissent dans les failles de l’interprétation de la norme antidiscriminatoire par la pratique judiciaire	36
II. LES CONCEPTIONS THÉORIQUES DE LA PRISE EN COMPTE DE LA « RÉALITÉ » SOCIALE DE LA DISCRIMINATION ..	40
A. <i>Les conceptions théoriques des inégalités : vers l’émergence des théorisations de l’intersectionnalité de la discrimination.....</i>	41
i. Les oppressions multiples et la priorité des luttes : aux origines de la pensée intersectionnelle	42
ii. L’intersectionnalité de la discrimination : de la métaphore de l’intersection au paradigme des études sur les inégalités complexes.....	44
B. <i>Les conceptions juridiques de la discrimination : des traces de l’intersectionnalité dans les normes juridiques et la pratique judiciaire</i>	47
i. La reconnaissance de l’intersectionnalité dans l’élaboration des normes et des politiques	48

ii.	La mobilisation de l'intersectionnalité par la pratique judiciaire	50
C.	<i>La littérature des juristes sur l'intersectionnalité : concept opératoire pour élargir la signification juridique de la discrimination ou outil de critique du droit ?</i>	54
i.	L'intersectionnalité comme cadre d'analyse critique pour dévoiler les expériences vécues de groupes aux intersections.....	55
a.	La portée critique comme critère fondamental de l'intersectionnalité	55
b.	La flexibilité et la malléabilité : les difficultés de définir une approche particulière	57
c.	Quelles intersections ? Les groupes demeurant invisibles sous la lumière intersectionnelle	58
ii.	L'intersectionnalité comme concept opératoire pour élargir le potentiel de réception de l'effectivité sociale de la norme	61
III.	PROBLÈME DE RECHERCHE	65
PARTIE II — CADRE THÉORIQUE ET MÉTHODOLOGIQUE : L'APPROCHE INTERSECTIONNELLE DE LA DISCRIMINATION		67
I.	LE CADRE THÉORIQUE : L'USAGE D'UNE APPROCHE INTERSECTIONNELLE COMME OUTIL D'ÉCLAIRAGE DU DROIT	67
A.	<i>La justification du cadre intersectionnel en deux niveaux d'analyse</i>	70
B.	<i>Les éléments du cadre théorique intersectionnel</i>	71
i.	Les axes d'organisation sociale en intersection : Comprendre les dynamiques sociales des systèmes d'oppression.	72
a.	Du recours aux motifs de discrimination pour l'identification des groupes opprimés	72
b.	Vers une simultanéité des dynamiques sociales.....	74
ii.	La position des individus et groupes aux intersections : Comprendre les caractéristiques identitaires des victimes et oppresseurs	76
a.	La caractérisation des victimes : rejet de l'essentialisme	77
b.	Hiérarchisation des facteurs discriminatoires et exclusion mutuelle des caractéristiques : unidimensionnalité versus intersectionnalité	78
II.	MÉTHODOLOGIE DE LA RECHERCHE	79
PARTIE III – L'EXIGENCE D'EFFECTIVITÉ À LA LUMIÈRE DE L'APPROCHE INTERSECTIONNELLE : LES CONDITIONS DE L'ÉLARGISSEMENT DE LA RÉCEPTION DE LA « RÉALITÉ » SOCIALE PAR LE DROIT ANTIDISCRIMINATOIRE QUÉBÉCOIS		82
I.	L'ÉLARGISSEMENT DE LA RÉCEPTION JURIDIQUE DU CONTEXTE SOCIAL VERS LA SUPPRESSION DES DISCRIMINATIONS	82
A.	<i>La contextualisation intersectionnelle des dynamiques d'oppression</i>	83
i.	Le rejet de l'essentialisme dans l'identification juridique des groupes sociaux	83
a.	L'identification essentialiste des groupes sociaux « protégés » en vertu de la norme antidiscriminatoire québécoise.....	83

b.	L'intersectionnalité comme outil de rejet de l'essentialisme dans la détermination des groupes sociaux : portée et limites.....	90
ii.	La prise en compte de la simultanéité des dynamiques d'oppression	96
a.	La critique intersectionnelle de la conception fixe des groupes sociaux.....	97
b.	L'intersectionnalité comme moyen d'élargissement : points d'ancrage en vertu de la norme québécoise	101
B.	<i>La promotion de l'égalité par la déconstruction des systèmes d'oppression.....</i>	<i>109</i>
i.	La régulation des rapports privés : retour vers les destinataires de la norme	110
ii.	La détermination de l'obligation d'accommodement raisonnable.....	115
II.	L'ÉLARGISSEMENT DE LA RÉCEPTION JURIDIQUE DE L'EXPÉRIENCE VÉCUE VERS LE RESPECT DE LA DIGNITÉ	118
A.	<i>La considération de l'identité intersectionnelle de la victime.....</i>	<i>119</i>
i.	La reconnaissance de la dignité de la victime : une condition de la Charte québécoise pour appréhender l'expérience subjective vécue.....	119
ii.	La prise en compte de l'identité intersectionnelle.....	123
a.	Les facteurs multiples dans l'évaluation du lien entre la distinction et le motif.....	123
b.	La détermination des effets préjudiciables dans l'exercice des droits et libertés selon le motif invoqué.....	127
B.	<i>La détermination de la réparation adéquate selon le préjudice subjectif vécu.....</i>	<i>130</i>
i.	La reconnaissance de l'expérience intersectionnelle dans la détermination du préjudice moral	131
ii.	La victime d'une atteinte à la dignité en raison d'une distinction fondée sur le motif d'une autre personne	135
	CONCLUSION	140
	ANNEXE I : RÉPARTITION DES MOTIFS ALLÉGUÉS SELON LES DROITS INVOQUÉS	I
	ANNEXE II : RÉPARTITION DES DOSSIERS OUVERTS POUR ENQUÊTE À LA CDPDJ SELON LE MOTIF DE LA PLAINTÉ ET LE SECTEUR D'ACTIVITÉ	II
	ANNEXE III : DÉCISIONS DU TDPQ PORTANT SUR DES DEMANDES INTRODUCTIVES D'INSTANCE INVOQUANT PLUSIEURS MOTIFS	III
	ANNEXE IV : DISPOSITIONS DES LOIS CANADIENNES EN MATIÈRE DE DISCRIMINATION	V
	ANNEXE V : LISTE DE DÉCISIONS CANADIENNES TRAITANT DE LA NOTION D'INTERSECTIONNALITÉ.....	IX
	BIBLIOGRAPHIE.....	XI

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

INSTRUMENTS ET LÉGISLATION

PIDCP	<i>Pacte international relatif aux droits civils et politiques</i>
PIDESC	<i>Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels</i>
<i>Charte canadienne</i>	<i>Charte des droits et libertés de la personne</i>
<i>Charte québécoise</i>	<i>Charte québécoise des droits de la personne</i>

INSTITUTIONS

CDPDJ	Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse
TDPQ	Tribunal des droits de la personne du Québec
CA	Cour d'appel du Québec
CSC	Cour suprême du Canada

PUBLICATIONS

RGD	Revue générale de droit
RJT	Revue juridique Thémis
RCDS	Revue canadienne Droit et Société
C de D	Les Cahiers de droit
RDUS	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
RCS	Recueil de la Cour suprême
R du B can	Revue du Barreau canadien
R du B	Revue du Barreau
CJWL	Canadian Journal of Women and Law
UTLJ	University of Toronto Law Journal
Windsor YB Access Just	Windsor Yearbook of Access to Justice

RÉSUMÉ

L'adoption de règles de droit garantissant les droits fondamentaux, autant à l'international qu'au Québec et au Canada, dévoilent l'engagement de l'État envers une protection effective des personnes. En outre, de par leur nature même, ces normes appellent à une recherche de l'effectivité. L'hypothèse selon laquelle la norme antidiscriminatoire québécoise possède une telle exigence d'effectivité qui lui est inhérente de par son adoption et sa nature pose les bases du constat d'un écart de réception de la « réalité » sociale par le droit. Dans une perspective interdisciplinaire, nous explorons l'opportunité de l'intersectionnalité, approche issue de disciplines externes au droit, pour amplifier la réalisation de cette exigence d'effectivité. Il s'agit ainsi d'une analyse des conditions de l'élargissement de la réception de la « réalité » sociale par le droit antidiscriminatoire québécoise sous deux aspects correspondants aux objets visés par la norme : la suppression des discriminatoires et le respect de la dignité. D'une part, l'intersectionnalité permet d'éclairer la prise en compte du contexte social par la reconnaissance des dynamiques simultanées d'oppression, puis de déconstruire ces systèmes notamment par la régulation des rapports privés et de la détermination de l'obligation d'accommodement raisonnable. D'autre part, l'intersectionnalité assure la reconnaissance de l'expérience vécue par la considération de l'identité intersectionnelle de la victime de discrimination et la détermination de la réparation adéquate selon le préjudice subjectif vécu. Nous espérons que cet éclairage de l'intersectionnalité sur la *Charte des droits et libertés de la personne* suscitera une réflexion sur les diverses possibilités pour que la détermination du sens de la norme antidiscriminatoire québécoise puisse permettre une plus grande réalisation de son effectivité.

INTRODUCTION

Les instruments de respect, de protection et de mise en œuvre des droits et libertés de la personne ont proliféré dans toutes les sphères de la vie publique et privée depuis la deuxième moitié du 20^e siècle. Droits civils, politiques et judiciaires, droits sociaux, économiques et culturels ; les États se sont engagés autant à l'international qu'à l'interne à garantir ces droits et libertés, affirmant du même souffle que l'énonciation de ces normes assurerait l'exercice plein et entier de ces droits aux individus et aux collectivités. Dès 1948, le préambule de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* énonçait que :

« Considérant que les États Membres se sont engagés à assurer, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies, le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Considérant qu'une conception commune de ces droits et libertés est de la plus haute importance pour remplir pleinement cet engagement. »¹

L'engagement des États s'inscrivait dans une recherche de la protection effective des droits et des libertés, malgré la valeur non contraignante d'une résolution déclarative de principes par l'Assemblée générale des Nations Unies². L'adoption des pactes internationaux, traités créant des obligations contraignantes pour les parties, allait créer un grand débat au sein de l'Organisation des Nations unies. Malgré la nature des droits énumérés dans chacun des pactes, le principe de recherche de leur protection effective demeure. En vertu du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³ [ci-après, le PIDCP], les États parties ont l'obligation « d'assurer la jouissance de ces droits à toutes les personnes relevant de leur juridiction »⁴. Quant au *Pacte*

¹ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés 217 A (III), Doc off AGNU, 3e sess, suppl n° 13, p 17, Doc NU A/810 (1948), préambule.

² Patrick Daillier et al, *Droit international public: formation du droit, sujets, relations diplomatiques et consulaires, responsabilité, règlement des différends, maintien de la paix, espaces internationaux, relations économiques, environnement*, 8 éd, Paris, LGDJ, Lextenso, 2009 à la p 729.

³ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 RTNU 171, décembre 1966 (entrée en vigueur au Canada le 19 août 1976) [PIDCP].

⁴ Comité des droits de l'homme, *Observation générale 3. Article 2 : Mise en œuvre du Pacte dans le cadre national*, 13^e sess, 1981, Doc NU HRI/GEN/1/REV.1 (1994), para 1.

*international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁵ [ci-après, le PIDESC], les États l'ayant ratifié s'obligent à « œuvrer aussi rapidement et aussi efficacement que possible pour atteindre cet objectif [le plein exercice des droits] »⁶.

En 1993, la Conférence mondiale sur les droits de l'homme a adopté la *Déclaration et le Programme d'action de Vienne* selon lesquels :

« La nécessité s'impose aux États et aux organisations internationales, agissant en coopération avec les organisations non gouvernementales, de créer, aux niveaux national, régional et international, des conditions propres à assurer la jouissance pleine et effective des droits de l'homme. Les États devraient mettre un terme à toutes les violations des droits de l'homme et en éliminer toutes les causes ainsi que les obstacles à la jouissance de ces droits. »⁷

L'affirmation des droits de l'homme dans les textes, les consacrant en normes juridiques, constitue certainement un premier pas pour en assurer l'effectivité⁸. Au cours des années, de nombreux instruments plus spécifiques ont élargi le champ de protection des droits et libertés avec ce même engagement des États, celui d'une garantie de respect, de protection et de mise en œuvre⁹. Les institutions normatives et organes de surveillance du respect des droits se multiplient. En plus des mécanismes universels¹⁰, les institutions régionales¹¹ ou spécialisées¹² se voient dotées de pouvoirs afin d'assurer la réalisation de la pleine effectivité des droits et libertés. L'on ne pourrait douter de l'engagement envers la pleine réalisation de l'effectivité des droits énoncés qui se dégage de l'adoption par les États de ces instruments internationaux.

⁵ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, [1976] RT Can n°46, décembre 1966 (entrée en vigueur au Canada le 19 août 1976) [PIDESC].

⁶ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale 3. La nature des obligations des États parties (art.2, par.1, du Pacte)*, 5^e sess, 1990, Doc NU E/1991/23, au para 9.

⁷ Conférence mondiale sur les droits de l'homme, *Déclaration et programme d'action de Vienne*, 12 juillet 1993, A/Conf.157/23 [Nos soulignés].

⁸ Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, « Assurer l'effectivité de la norme juridique » dans *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris 10, 2008, 73 à la p 73.

⁹ Manfred Nowak, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Brill Academic, Boston, 2003 à la p 48.

¹⁰ Comité des droits économiques, sociaux et culturels; Comité des droits de l'homme; Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme.

¹¹ Par exemple, la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'homme, la Commission et la Cour africaines des droits de l'homme et des peuples;

¹² Par exemple, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, le Comité contre la torture, l'Organisation internationale du travail ou les divers Rapporteurs spéciaux sur des questions précises.

L'adoption de chartes protégeant les droits et libertés au Québec et au Canada s'inscrit dans cette mouvance. Dans un article publié dans la *Revue de droit de l'Université McGill* en 1963, Jacques-Yvan Morin portait déjà l'idée d'une loi fondamentale de protection des droits et libertés, inspirée des instruments internationaux et étrangers¹³. Il s'agissait des fondements philosophiques et juridiques de ce que deviendra la première *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*¹⁴ [ci-après, la *Charte québécoise*]¹⁵. Dès son préambule, le législateur soulève son intention d'assurer l'effectivité des droits et libertés : « Considérant qu'il y a lieu d'affirmer solennellement dans une Charte les libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation »¹⁶.

Sans lui octroyer un statut constitutionnel tel que l'aurait souhaité Jacques-Yvan Morin, le législateur a tout de même prévu une disposition selon laquelle aucune loi ne peut y déroger, à l'exception des dispositions reconnaissant les droits économiques, sociaux et culturels¹⁷. Par cette disposition, le législateur québécois cherche à assurer une meilleure réalisation de l'effectivité des droits et libertés qu'avaient permis les lois régulières comme les lois provinciales antidiscriminatoires et la *Déclaration canadienne des droits*¹⁸.

Dans ce même engagement envers l'effectivité, la Commission des droits de la personne¹⁹ est instituée en 1976 avec l'adoption de la *Charte québécoise* et, en 1990, est créé le Tribunal des droits de la personne du Québec [ci-après, le TDPQ]. Ces institutions se voient conférées des mandats clairs concernant l'effectivité des droits, en particulier en matière de discrimination. À cet effet, les orientations générales du TDPQ énoncent que celui-ci « s'inscrit dans la foulée des

¹³ Jacques-Yvan Morin, « Une charte des droits de l'homme pour le Québec » (1963) 9:4 McGill Law Journal 273.

¹⁴ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12.

¹⁵ David Robitaille, « La pensée holistique de Jacques-Yvan Morin : la nécessaire justiciabilité des droits socioéconomiques comme fondement de la démocratie libérale » (2015) Hors-Série Mélanges en l'honneur de Jacques-Yvan Morin RQDI 81 à la p 82.

¹⁶ *Charte des droits et libertés de la personne*, supra note 14 préambule.

¹⁷ *Ibid*, part 52.

¹⁸ *Déclaration canadienne des droits*, LC 1960, c 44.

¹⁹ La Commission des droits de la personne et la Commission de la jeunesse ont été jointes en 1995 afin de créer la Commission des droits de la personne et de la jeunesse.

instances juridictionnelles et quasi juridictionnelles qui, aux plans national, régional et international, participent de la volonté d'assurer l'effectivité des droits et libertés de la personne »²⁰. L'engagement des États sur le plan international et du législateur québécois sur le plan interne reflète clairement son engagement vers une pleine jouissance des droits et libertés, par la réalisation de leur plein potentiel d'effectivité.

En outre, la nature des normes de protection des droits et libertés appelle à cette recherche de l'effectivité. En droit international, Manfred Nowak précise que :

« Due to their historical and philosophical origins, human rights are understood as being “effective all-round”, i.e. as a protection against all and any potential violators. With the influence of liberalism in Europe and North American in the 19th century, this perception was, on the whole, lost and the constitutional protection of human rights was in fact reduced to mere claims against state interference. Only recently, in view of the development of international human rights law, the original broad understanding is gradually returning to our minds. »²¹

La nature des droits et liberté se révèle comme exigeant une pleine effectivité des normes, non seulement par la reconnaissance par l'État, mais également dans les mesures prises pour en assurer la jouissance réelle et le plein exercice. L'effectivité est ainsi requise pour constater l'existence de droits et libertés et la garantie de leur protection²².

Les droits et libertés de la personne sont essentiellement reconnus par des normes indéterminées exigeant de faire appel aux valeurs communes d'une société dans un contexte spécifique, par la « quête du fondement axiologique »²³. Les règles de détermination de la signification des normes doivent assurer l'universalité, l'indivisibilité, l'égalité ainsi que

²⁰ *Orientations générales du Tribunal des droits de la personne, Charte des droits et libertés de la personne* (LRQ, c C-12, a 106, 2e al) au para 2,3.

²¹ Nowak, *supra* note 9 à la p 51.

²² Véronique Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique » dans par Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris 10, 2008, 11 à la p 24.

²³ Stéphane Bernatchez, « Le concept de droits » (2015) Hors-série-Mélanges en l'honneur de Jacques-Yvan Morin RQDI 131 à la p 153.

l'interdépendance des droits²⁴. Leur signification se détermine ainsi selon les autres droits et libertés, la « réalité » dans laquelle ils s'inscrivent en plus des valeurs en cause.

Au cœur des normes édictées par les chartes québécoise et canadienne, législation et traités, se trouve le droit à l'égalité, et son corollaire, la non-discrimination dans l'exercice et la reconnaissance des autres droits et libertés garantis. La détermination du sens de la norme antidiscriminatoire québécoise par la pratique judiciaire dévoile un déplacement de la signification de l'égalité formelle à l'égalité « réelle » (ou « substantive »), qui insiste sur la prise en compte du contexte social et des effets réels de l'interprétation. La détermination du sens de la norme antidiscriminatoire est ainsi fortement axée sur la réalisation de ses objets, soit le respect de la dignité et la lutte contre les discriminations, par la réception de faits et de valeurs issus d'un contexte dit « réel ».

De par l'engagement du législateur envers l'effectivité et la nature axiologique de la norme antidiscriminatoire québécoise, il nous apparaît, et ce sera notre hypothèse dans le cadre de ce mémoire, qu'une exigence d'effectivité lui est inhérente²⁵. La détermination du sens de la norme vise à embrasser la « réalité », de façon à la réaliser dans toute son amplitude : d'une part, par la prise en compte du contexte « réel » et, d'autre part, par la recherche de la réalisation de ses objets dans le « réel ». Cette réception du « réel », ou de ce que nous nommerons « l'effectivité sociale »²⁶, par le droit doit être suffisamment large pour permettre la pleine réalisation de l'exigence.

²⁴ Nowak, *supra* note 9 à la p 25.

²⁵ L'exigence d'effectivité s'inscrit dans le cadre des travaux de Louise Lalonde dans la perspective du droit de la gouvernance, voir notamment Louise Lalonde, « L'internormativité sous l'angle de la détermination du sens des normes; vers un droit de la gouvernance », 2017 (à paraître). Nos travaux mobilisent cette hypothèse de normes à exigence d'effectivité pour comprendre le cas particulier de la norme antidiscriminatoire québécoise. L'hypothèse de normes à exigence d'effectivité est en continuité avec l'hypothèse de normes à exigence de réflexivité démontrée dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, « L'hypothèse des lois à exigence de réflexivité : un instrument de gouvernance réflexive et un grand défi pour la théorie du droit » dans *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, Sherbrooke, Québec, Éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 2011, 159.

²⁶ Selon la typologie de Louise Lalonde dans le cadre de ses travaux sur l'exigence d'effectivité : Louise Lalonde, « L'internormativité sous l'angle de la détermination du sens des normes; vers un droit de la gouvernance », 2017 (à paraître).

Dans le cadre de notre hypothèse selon laquelle cette exigence d'effectivité doit être pleinement réalisée, l'écart entre la réception juridique de la discrimination et sa « réalité » sociale constitue notre problème de départ. Malgré la portée de plus en plus substantielle de la conception de la norme antidiscriminatoire, les cas de discrimination sont fréquents devant les tribunaux et les constats d'inégalités persistent dans la société. Lorsque se pose le problème de l'écart entre la « réalité » et le sens de la norme, ce n'est pas la loi qui doit être questionnée, mais plutôt les conditions de détermination du sens de la norme. Nous le rappelons, la norme porte déjà en elle le potentiel d'effectivité : il faut ainsi éclairer les possibilités d'élargissement de la réception de cette effectivité sociale dans la détermination de son sens. Le problème juridique est le suivant : les conditions du passage du contexte de faits et de valeurs au droit, soit de la réception de l'effectivité sociale par le droit, n'apparaissent pas suffisamment larges pour embrasser la « réalité » de la discrimination et, conséquemment, réaliser pleinement l'exigence d'effectivité inhérente à la norme (Partie I).

D'autres approches disciplinaires, externes au droit, étudient également la discrimination comme objet de leur discipline. L'intersectionnalité émerge alors comme outil, principalement développé en sociologie, pour comprendre la discrimination dans toute sa complexité. Cette approche a trouvé un certain écho en droit. Dans le cadre de ce mémoire, notre approche est interdisciplinaire²⁷ en ce que nous éclairons les approches de détermination du sens de la norme par l'intersectionnalité. Notre cadre théorique est ainsi construit à partir de l'intersectionnalité tel que conceptualisée par les théories sociologiques et féministes. Dans un premier temps, cet éclairage par l'intersectionnalité nous permet de comparer les représentations de la discrimination dans les deux disciplines, puis de constater un écart entre celles-ci. Dans un second temps, l'éclairage de l'intersectionnalité telle que construite par les disciplines externes au droit permet d'élargir la conception de l'objet juridique, en soulevant des ouvertures et points d'ancrage possibles pour réaliser la pleine amplitude de l'exigence d'effectivité de la norme (Partie II).

²⁷ Louise Lalonde, « L'interdisciplinarité comme « contextes », quels usages de l'Autre ? », *Actes des 4e et 5e Journées d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2016 (à paraître).

Ce cadre théorique nous permet de discerner les possibilités d'élargissement de la réception de l'effectivité sociale par le droit en mobilisant les outils qu'offre une approche intersectionnelle de la discrimination dans son appréhension de l'identité complexe de la victime et de la dynamique des systèmes d'oppressions. Ces deux niveaux de l'intersectionnalité nous apparaissent comme correspondant aux deux objets de la *Charte québécoise* : le respect de la dignité personnelle et la suppression des discriminations. Les possibilités d'élargissement de la réception de l'effectivité sociale s'étudieront alors selon les deux aspects de la détermination du sens de la norme que nous avons identifié: d'une part, par la prise en compte du contexte et, d'autre part, par l'action sur le « réel » (Partie III).

PARTIE I — PROBLÉMATIQUE

Afin de construire notre problème de recherche, il est essentiel de discerner clairement le problème factuel et théorique duquel il est issu. Dans un premier temps, nous constatons un problème factuel relatif au système québécois de protection des droits et libertés dans lequel s'inscrit la *Charte québécoise* : un écart existe entre la détermination du sens de la norme antidiscriminatoire et la réception de la « réalité » sociale de la discrimination. Se pose ainsi un problème d'effectivité qui suscite un questionnement quant aux conditions de la pleine réalisation de l'exigence d'effectivité qui serait inhérente à cette norme (I). Dans un deuxième temps, nous explorerons les conceptions théoriques de la prise en compte de la « réalité » de la discrimination. Même si l'intersectionnalité émerge comme conception théorique permettant une meilleure appréhension de la complexité de la « réalité », nous observons une faible, parfois incohérente, mobilisation de cette approche en droit (II). À la lumière de ce problème factuel et théorique, nous sommes en mesure de formuler notre problème de recherche auquel les parties suivantes permettront de répondre (III).

I. LA CHARTE QUÉBÉCOISE DES DROITS ET LIBERTÉS : ÉCART ENTRE LA DÉTERMINATION DU SENS DE LA NORME ANTIDISCRIMINATOIRE ET LA RÉCEPTION DE LA « RÉALITÉ » SOCIALE DE LA DISCRIMINATION

Le cadre québécois de promotion et de protection des droits et libertés de la personne est un système singulier, au cœur duquel se trouve la *Charte québécoise* (A). Les droits et libertés qui y sont énoncés reçoivent une interprétation large et libérale permettant, notamment, la prise en compte d'une certaine « réalité » sociale (B). La conception juridique de l'égalité offre un exemple saillant de cette prise en compte de la « réalité » par l'élargissement de la portée de l'interprétation de ces droits vers une pleine réalisation de l'exigence d'effectivité de la norme (C). Néanmoins, certains cas de discrimination ne sont pas reçus par le système juridique, n'étant pas appréhendés par la conception consacrée de la norme antidiscriminatoire. En ce sens, l'effectivité prônée n'est pas pleinement réalisée. Force est de constater que la réception de l'effectivité sociale dans la détermination du sens juridique de la norme antidiscriminatoire, autant par sa prise en compte du contexte « réel » que son action sur ce « réel », laisse persister un écart avec la « réalité » sociale de la discrimination (D).

A. Le système québécois de promotion et de protection des droits et libertés de la personne

En droit québécois, la promotion et la protection des droits de la personne sont principalement issues de la *Charte québécoise*. Celle-ci s'inscrit dans un contexte particulier s'inspirant des normes du droit international et interagissant avec d'autres lois provinciales et fédérales, dont la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁸ [ci-après, la *Charte canadienne*] (i). La *Charte québécoise* possède toutefois un champ d'application (ii) ainsi qu'un régime de redressement (iii) qui lui sont propres.

i. Le contexte juridique dans lequel s'inscrit la *Charte québécoise*

L'adoption de chartes et lois sur les droits des personnes s'inscrit directement dans une mouvance internationale pour la protection des « droits de l'homme »²⁹. Suivant les événements de la Seconde Guerre mondiale³⁰, l'Assemblée générale des Nations Unies adopte la *Déclaration universelle des droits de l'homme*³¹. En 1976, le Canada s'engage à respecter et mettre en œuvre le PIDCP³² et le PIDESC³³. Aujourd'hui, ces instruments constituent les piliers internationaux de la protection des droits de l'homme et ont inspiré un ensemble de conventions plus spécifiques³⁴.

²⁸ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 [Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c 11 (R-U)], art 32 (ci-après *Charte canadienne*).

²⁹ Morin, *supra* note 13 à la p 274 et ss; Michel Coutu et Pierre Bosset, « La dynamique juridique de la Charte » dans *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés. Volume 2, Études*, Montréal, CDPDJ, 2003, 247 à la p 280; Andre Morel, « La *Charte québécoise* : Un document unique dans l'histoire législative canadienne » (1987) 21 RJT 1 à la p 11.

³⁰ Morin, *supra* note 13 à la p 277.

³¹ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, *supra* note 1.

³² PIDCP, *supra* note 3.

³³ PIDESC, *supra* note 5.

³⁴ *Convention (No. 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*, 362 RTNU 31, juin 1958 (ratifiée par le Canada le 26 novembre 1964); *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 660 RTNU 195, 7 mars 1966 (ratifiée par le Canada le 14 octobre 1970 et par le Québec le 10 mai 1978); *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1249 RTNU 13, décembre 1979 (ratifiée par le Canada le 10 décembre 1981 et par le Québec le 20 octobre 1981); *Convention relative aux droits de l'enfant*, 1577 RTNU 3, 20 novembre 1989 (ratifiée par le Canada le 13 décembre 1991 et par le Québec le 9 décembre 1991); *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 2515 RTNU 3, décembre 2006 (ratifiée par le Canada le 11 mars 2010 et par le Québec le 10 mars 2010); *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 1465 RTNU 85, décembre 1984 (entrée en vigueur le 26 juin 1987).

Au niveau fédéral, la première législation adoptée en matière de droits de la personne est la *Déclaration canadienne des droits*³⁵, entrée en vigueur en 1960. Cette loi fédérale garantit les droits et libertés fondamentaux, mais se restreint aux lois fédérales³⁶. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* fut ensuite adoptée afin de garantir une protection contre la discrimination, entre les personnes privées, dans les domaines de compétence fédérale³⁷. Les provinces ont également adopté des lois protégeant les droits fondamentaux de façon précise et circonscrite en matière de discrimination³⁸.

Le Québec a été la dernière des provinces à adopter une loi relative aux droits de la personne en 1975³⁹. Selon certains, la *Charte québécoise* est la plus « ambitieuse »⁴⁰ de ces lois, se distinguant par l'ampleur des droits et libertés énoncés. Contrairement aux autres lois provinciales, elle ne se limite pas à des dispositions antidiscriminatoires. En outre, elle est la seule à garantir les droits économiques et sociaux :

« La proclamation de ces droits dans la *Charte québécoise*, même relativement timide lorsque comparée aux textes juridiques internationaux ou aux normes constitutionnelles de pays se rattachant à des traditions juridiques fort diverses, montre que la *Charte québécoise* porte une dynamique fort différente — plus ambitieuse, car axée également sur la valeur de solidarité — de celle de la *Charte canadienne*. »⁴¹

³⁵ *Déclaration canadienne des droits*, *supra* note 18.

³⁶ *Ibid*, art 1 « Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe : a] le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi; b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi; c] la liberté de religion; d) la liberté de parole; e] la liberté de réunion et d'association; f) la liberté de la presse. ».

³⁷ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, c H-6.

³⁸ Alexandre Morin, *Constitution, fédéralisme et droits fondamentaux: commentaires et documents*, Montréal, LexisNexis, 2008 à la p 52; Voir *Code des droits de la personne*, LRO 1990, c H-19.

³⁹ Daniel Proulx, « Le droit à l'égalité : pierre angulaire de la *Charte québécoise*? » (2015) Hors-série / Mélanges Jacques-Yvan Morin RQDI 61 à la p 68.

⁴⁰ Pierre Bosset, *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003 à la p 6; Morel, *supra* note 28.

⁴¹ Pierre Bosset et Michel Coutu, « Acte fondateur ou loi ordinaire? Le statut de la *Charte des droits et libertés de la personne* dans l'ordre juridique québécois » (2015) Hors-Série Mélanges Jacques-Yvan Morin RQDI 37 à la p 50.

Forte de ces particularités, la *Charte québécoise* s'inscrit dans le contexte international de protection des droits fondamentaux, en assurant autant les droits et libertés traditionnels que les droits économiques et sociaux émanant de l'État providence⁴².

Le droit international a eu « une influence déterminante sur la philosophie d'ensemble de la [Charte québécoise], ainsi que sur la formulation de plusieurs de ses dispositions »⁴³. Cette influence est observable dans la jurisprudence, les dispositions des *Charte canadienne* et *Charte québécoise* étant souvent interprétées à la lumière des instruments internationaux⁴⁴. Les tribunaux y accordent une force persuasive particulière dans leur interprétation en raison des similarités entre les droits et libertés garantis. En outre, le droit interne doit généralement être considéré conforme au droit international, à moins que le législateur ait prévu expressément qu'il ne l'est pas⁴⁵.

Selon certains, les particularités de la *Charte québécoise* ne sont pas toujours considérées. D'une part, d'aucuns observent une inféodation des droits de la personne au régime de responsabilité civile, souvent générée par la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec⁴⁶. À cet

⁴² Pierre Bosset, *La Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre constitutionnel québécois : évolution et perspectives*, Conférence de lancement de l'Association québécoise de droit constitutionnel, coll Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2005 à la p 8.

⁴³ Coutu et Bosset, *supra* note 28 à la p 280.

⁴⁴ Pour la *Charte québécoise* : *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c Québec (Commission des droits de la personne)*, [1994] 1994 CanLII 5706 (QC CA) [*Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu (CA)*]; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Montréal (Service de police de la ville de) (SPVM)*, 2012 QCTDP 5 au para 143; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Société de l'assurance automobile du Québec*, [2003] 2003 CanLII 33421 (QC TDP) à la p 56 et ss [SAAQ]; *Borowski c Canada (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 342; Pour la *Charte canadienne* : *R c Hape*, [2007] 2 RCS 292, 2007 CSC 26; *États-Unis c Burns*, [2001] 1 RCS 283 au para 80; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb)*, [1987] 1 RCS 313 à la p 348; *Slaight communications inc c Davidson*, [1989] 1 RCS 1038 à la p 1056; *R c Keegstra*, [1990] 3 RCS 697 à la p 750.

⁴⁵ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Commission scolaire des Hauts-Bois-de-l'Outaouais*, 2010 QCTDP 4 au para 118 [*Commission scolaire des Hauts-Bois-de-l'Outaouais*]; *R c Hape*, *supra* note 43 au para 53.

⁴⁶ Sylvie Gagnon, « Quelques observations critiques sur le droit à une réparation selon la *Charte des droits et libertés de la personne* » dans *La Charte des droits et libertés de la personne : Pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005 à la p 269; Coutu et Bosset, *supra* note 29 à la p 275; Michèle Rivet et Manon Montpetit, « L'incorporation doctrinaire des éléments constitutifs de responsabilité civile dans l'analyse de la *Charte québécoise* : dérives conceptuelles » dans Benoît Moore et Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil, *Mélanges*

effet, Bosset et Coutu estiment que la Cour d'appel, particulièrement en matière de droits et libertés, se limite à exercer une fonction de révision des décisions, sans assumer un rôle d'énonciation, de mise en cohérence et de systématisation du droit⁴⁷. D'autre part, la Cour suprême du Canada privilégierait une certaine uniformisation dans son interprétation des droits et libertés, qu'ils soient reconnus par des lois antidiscriminatoires, la *Charte québécoise* ou la *Charte canadienne*. Selon Coutu et Bosset, l'adoption de cette dernière a modifié la dynamique du régime de promotion et protection des droits de la personne au Québec :

« Ajoutons que par rapport aux codes provinciaux des droits de la personne (ce qui, dans la perspective de la Cour suprême, inclut la *Charte québécoise*), la Cour suprême poursuit un travail d'harmonisation qui pose problème eu égard à la spécificité de la *Charte québécoise*, mais influa cependant sur l'interprétation de celle-ci, orientant graduellement les interprètes juridiques dans une direction plus libérale que lors de la période précédente. »⁴⁸

La *Charte québécoise*, à l'instar de toutes les lois provinciales et fédérales, doit s'interpréter à la lumière de la *Charte canadienne*, et ce, même si certaines de leurs dispositions diffèrent, notamment en matière d'égalité⁴⁹.

ii. *Le champ d'application de la Charte québécoise*

La *Charte québécoise* garantit les libertés et droits fondamentaux⁵⁰, le droit à l'égalité⁵¹, les droits politiques⁵² ainsi que les droits judiciaires⁵³. L'article 52 consacre la primauté partielle de la *Charte québécoise* selon laquelle la législation québécoise, postérieure ou antérieure, ne peut déroger aux articles 1 à 38, à moins d'énoncer expressément qu'une disposition s'applique malgré la *Charte québécoise*. Outre cette primauté relative, elle demeure modifiable, ou

Jean-Louis Baudouin, Cowansville, Québec, Yvon Blais, 2012; Stéphane Bernatchez, « Un tribunal spécialisé pour résister à l'approche civiliste en matière des droits de la personne » (2012) 42 RDUS 203.

⁴⁷ Coutu et Bosset, *supra* note 28 à la p 263.

⁴⁸ *Ibid* à la p 250.

⁴⁹ *Ibid* à la p 250; Morin, *supra* note 37 à la p 53 note 165; Bosset, *supra* note 41 à la p 4.

⁵⁰ *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 14, art 1-9.1.

⁵¹ *Ibid*, art 10-20.1.

⁵² *Ibid*, art 21-22.

⁵³ *Ibid*, art 23-38.

abrogeable, à la majorité simple au même titre que les autres lois⁵⁴. La *Charte québécoise* assure également des droits économiques et sociaux⁵⁵, dispositions uniques par rapport à la *Charte canadienne* et autres lois provinciales⁵⁶. La primauté réservée aux articles 1 à 38 de la *Charte québécoise* ne s'étend toutefois pas à ces dispositions ; il est ainsi possible qu'une loi y contrevienne⁵⁷.

De la même façon que la *Charte canadienne*, la *Charte québécoise* lie l'État⁵⁸. Son champ d'application se restreint toutefois aux matières de compétence législative québécoise⁵⁹. La *Charte québécoise* régit également les rapports privés entre individus. À titre d'exemple, elle prohibe le harcèlement⁶⁰, l'exploitation des personnes âgées ou handicapées⁶¹, l'atteinte à la propriété privée⁶² ainsi que la discrimination dans la conclusion d'acte juridique⁶³, dans l'embauche⁶⁴ ou dans l'accès aux lieux publics⁶⁵.

iii. *Les recours de la victime et les institutions*

Une atteinte aux droits et libertés reconnus par la *Charte québécoise* consacre le droit de la victime à la réparation pour le préjudice moral et matériel en résultant, en plus du droit d'obtenir la cessation de l'atteinte⁶⁶. L'atteinte illicite qui est réalisée de façon intentionnelle peut donner lieu à une condamnation à des dommages-intérêts punitifs⁶⁷.

⁵⁴ Bosset, *supra* note 41 à la p 1.

⁵⁵ *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 14, art 38-48.

⁵⁶ Bosset, *supra* note 41 à la p 11.

⁵⁷ *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 14, art 52.

⁵⁸ *Ibid*, art 54.

⁵⁹ *Ibid*, art 55.

⁶⁰ *Ibid*, art 10.1.

⁶¹ *Ibid*, art 48.

⁶² *Ibid*, art 8.

⁶³ *Ibid*, art 12.

⁶⁴ *Ibid*, art 17.

⁶⁵ *Ibid*, art 16.

⁶⁶ *Ibid*, art 49.

⁶⁷ *Ibid*, art 49 al. 2; *Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211 [*St-Ferdinand*]; *de Montigny c Brossard (Succession)*, [2010] 3 RCS 64.

La victime d'une violation de la *Charte québécoise* peut faire valoir ses droits devant un tribunal compétent⁶⁸. Si elle est victime de discrimination ou d'exploitation, elle peut également porter plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse [ci-après, la CDPDJ]. Elle peut déposer sa plainte personnellement ou se faire représenter par un organisme voué à la défense des droits et libertés de la personne⁶⁹. La CDPDJ peut décider d'agir en faveur de la victime devant un tribunal de droit commun ou le TDPQ⁷⁰. Si la CDPDJ exerce sa discrétion de ne pas saisir un tribunal, le plaignant peut le faire à ses frais en s'y substituant de plein droit⁷¹.

Il est important de noter que « si le droit de recours appartient à la [CDPDJ], [l'économie générale de la *Charte québécoise*] nous indique aussi que la partie victime demeure, tout au long du recours, la titulaire du droit qu'elle revendique »⁷². En ce sens, la victime, qui est partie de plein droit à la procédure⁷³, peut présenter ses propres demandes en l'instance et même s'opposer à celles présentées par la CDPDJ⁷⁴. Toutefois, le plaignant autre que la victime, même s'il est également partie de plein droit⁷⁵, ne peut présenter ses propres demandes ou amender celles de la CDPDJ⁷⁶. Le plaignant peut prendre connaissance de la preuve, participer à l'audition et faire des représentations⁷⁷.

Outre la représentation des victimes devant les tribunaux, la CDPDJ s'est vu octroyer plusieurs responsabilités en matière de promotion et de respect des droits et libertés. En vertu de la *Charte québécoise*, elle est en mesure de :

⁶⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2010 QCTDP 13 à la p 4 [*Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*].

⁶⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 14, art 74.

⁷⁰ *Ibid*, art 80; *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, *supra* note 67 à la p 5.

⁷¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 14, part 84.

⁷² *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, *supra* note 67 à la p 11; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Québec (Procureur général)*, 2007 QCTDP 26 au para 91 [*Québec (P.G.)*].

⁷³ *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 14, art 116.

⁷⁴ *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, *supra* note 67 à la p 10.

⁷⁵ *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 14, art 116.

⁷⁶ *Québec (PG)*, *supra* note 71 à la p 9.

⁷⁷ *Ibid*.

« 71. [...] 1° faire enquête selon un mode non contradictoire, de sa propre initiative ou lorsqu'une plainte lui est adressée, sur toute situation, à l'exception de celles prévues à l'article 49.1, qui lui paraît constituer soit un cas de discrimination au sens des articles 10 à 19, y compris un cas visé à l'article 86, soit un cas de violation du droit à la protection contre l'exploitation des personnes âgées ou handicapées énoncé au premier alinéa de l'article 48;

2° favoriser un règlement entre la personne dont les droits auraient été violés ou celui qui la représente, et la personne à qui cette violation est imputée;

3° signaler au curateur public tout besoin de protection qu'elle estime être de la compétence de celui-ci, dès qu'elle en a connaissance dans l'exercice de ses fonctions;

4° élaborer et appliquer un programme d'information et d'éducation, destiné à faire comprendre et accepter l'objet et les dispositions de la présente Charte;

5° diriger et encourager les recherches et publications sur les libertés et droits fondamentaux;

6° relever les dispositions des lois du Québec qui seraient contraires à la Charte et faire au gouvernement les recommandations appropriées;

7° recevoir les suggestions, recommandations et demandes qui lui sont faites touchant les droits et libertés de la personne, les étudier, éventuellement en invitant toute personne ou groupement intéressé à lui présenter publiquement ses observations lorsqu'elle estime que l'intérêt public ou celui d'un groupement le requiert, pour faire au gouvernement les recommandations appropriées;

8° coopérer avec toute organisation vouée à la promotion des droits et libertés de la personne, au Québec ou à l'extérieur;

9° faire enquête sur une tentative ou un acte de représailles ainsi que sur tout autre fait ou omission qu'elle estime constituer une infraction à la présente Charte, et en faire rapport au procureur général et au directeur des poursuites criminelles et pénales. »⁷⁸

Par conséquent, la CDPDJ cumule plusieurs fonctions d'intérêt public, tout en assistant des victimes individuelles dans la recherche d'une réparation pour atteinte aux droits. Elle exerce un rôle de promotion de l'égalité, dans une perspective d'action dans la « réalité » sociale, notamment en encourageant les règlements extrajudiciaires, en élaborant des programmes

⁷⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 14, art 71.

d'information et d'éducation et en dirigeant des recherches et publications. Elle exerce aussi un rôle de surveillance de l'action étatique en présentant des recommandations ou rapports au gouvernement, à l'Assemblée nationale, au procureur général et au directeur des poursuites criminelles et pénales. Son action est ainsi concertée avec les institutions étatiques, mais également avec les organisations de promotion des droits œuvrant au Québec et à l'international.

Quant au TDPQ, il a été institué en 1990. La Cour suprême a récemment élaboré sur sa nature dans l'affaire *Ville de Saguenay* :

« [39] Il est vrai que le [TDPQ] s'apparente à une cour de justice, tant par les questions qu'il est appelé à trancher que par le caractère contradictoire des débats qui se soulèvent devant lui. Toutefois, ces similarités ne changent pas sa nature. Il demeure un tribunal administratif spécialisé. [...] »

[40] D'abord, le [TDPQ] n'est pas un tribunal judiciaire visé par la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, c. T-16. Il constitue un organisme créé par la *Charte québécoise* dont l'expertise porte principalement sur les affaires de discrimination (111 et 111.1 de la *Charte québécoise*). Sa compétence à cet égard est tributaire du mécanisme de réception et de traitement des plaintes instauré par la *Charte québécoise* et mis en œuvre par la [CDPDJ]. À l'égard de ces plaintes, il se veut la continuité, comme organe juridictionnel, du mécanisme d'enquête préliminaire de la [CDPDJ]. »⁷⁹

Il s'agit ainsi d'un tribunal spécialisé composé de membres ayant une « expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière des droits et libertés de la personne »⁸⁰. Le TDPQ est compétent pour entendre et disposer des demandes sur lesquelles la CDPDJ peut enquêter en vertu de l'article 71 (1°)⁸¹. Rappelons que cette compétence n'est pas exclusive, elle peut être concurrente à d'autres tribunaux ou organismes juridictionnels⁸². Le TDPQ peut octroyer diverses mesures, du versement de dommages-intérêts compensatoires ou punitifs à toute ordonnance visant l'intérêt public.

⁷⁹ *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, [2015] CSC 16 aux paras 39-40 [*Ville de Saguenay*].

⁸⁰ *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 14, art 101.

⁸¹ *Ibid*, art 111; *Ménard c Rivet*, 1997 QCCA 9973 à la p 16; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Québec (Procureur général)*, [2004] 2 RCS 185 à la p 195 [*Morin*].

⁸² *Morin*, *supra* note 80 à la p 196; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 RCS 789 à la p 798 [*Communauté urbaine de Montréal*].

Les décisions finales du TDPQ peuvent être portées en appel devant la Cour d'appel du Québec sous réserve d'une permission⁸³. La Cour d'appel applique la norme de contrôle de la décision raisonnable en accordant la déférence requise au TDPQ lorsque ce dernier interprète et applique la *Charte québécoise* dans son champ d'expertise⁸⁴.

B. Une loi fondamentale à caractère constitutionnel : approches interprétatives de la *Charte québécoise*

De par son objet et sa nature de protection et promotion des droits de la personne, la *Charte québécoise* est qualifiée de « loi fondamentale à caractère quasi constitutionnel »⁸⁵, ce qui lui confère « une suprématie de principe par rapport aux lois ordinaires »⁸⁶. Elle a ainsi été interprétée de façon similaire aux autres lois garantissant des droits et libertés⁸⁷. À l'égard de la *Charte canadienne*, la Cour suprême estime que :

« l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la [*Charte canadienne*] elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la [*Charte canadienne*] [...] l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la [*Charte canadienne*]. En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la [*Charte canadienne*] n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent [...] elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. »⁸⁸

[Nos soulignés]

⁸³ *Charte des droits et libertés de la personne*, supra note 14, art 131; *Ménard c Rivet*, supra note 80 à la p 17.

⁸⁴ *Ville de Saguenay*, supra note 78 au para 46.

⁸⁵ *Commission scolaire des Hauts-Bois-de-l'Outaouais*, supra note 44 à la p 188; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 RCS 665 à la p 683 [*Ville de Montréal et Ville de Boisbriand*]; *Béliveau St-Jacques c Fédération des employées et employés*, [1996] 2 RCS 345 à la p 402 [*Béliveau St-Jacques*].

⁸⁶ *Ville de Montréal et Ville de Boisbriand*, supra note 84 à la p 683; Bosset, supra note 41 à la p 3.

⁸⁷ *Mastropaolo c St-Jean-de-Matha (Municipalité de)*, 2010 QCTDP 7 au para 137 [*Mastropaolo*].

⁸⁸ *R c Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 RCS 295 au para 117 [*Big M Drug Mart*].

Conformément à la pratique judiciaire relative à la *Charte canadienne* et aux lois fondamentales, les tribunaux ont adopté une interprétation large et libérale des dispositions de la *Charte québécoise*⁸⁹. Dans la pratique judiciaire, l'on ne peut cerner qu'une seule méthode d'interprétation précise pour les droits et libertés. La *Charte québécoise* appelle à une interprétation à la fois large, libérale, téléologique et contextuelle⁹⁰ qui nous apparaît comme s'inscrivant dans une recherche de la réalisation de son potentiel d'effectivité. Afin de réaliser « l'objet de la garantie » et « [d']assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection », la plupart des approches mobilisées considèrent à la fois, à différents degrés, la réalisation des objets visés par la loi (i) et le contexte (ii)⁹¹.

i. *La réalisation de l'objet par l'interprétation de la norme*

Les tribunaux reconnaissent que l'interprétation de la *Charte québécoise* doit viser à atteindre la réalisation des objets de la loi⁹². La méthode en appelle à des arguments téléologiques desquels le sens de la norme est déterminé par la finalité qu'elle cherche à atteindre⁹³.

Il est reconnu que l'objet de la *Charte québécoise* se détermine à la lecture de son préambule :

« CONSIDÉRANT que tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, destinés à assurer sa protection et son épanouissement ;

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi ;

⁸⁹ Coutu et Bosset, *supra* note 28 à la p 250; Béliveau St-Jacques, *supra* note 84 au para 43; *Ville de Montréal et Ville de Boisbriand*, *supra* note 84 à la p 683; *Commission ontarienne des droits de la personne c Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536 [O'Malley]; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Maksteel Québec inc.*, [2003] 3 RCS 228 au para 10 [Maksteel].

⁹⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Bombardier Inc (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39 au para 31 [Bombardier (CSC)].

⁹¹ *Ville de Montréal et Ville de Boisbriand*, *supra* note 84 à la p 683; Béliveau St-Jacques, *supra* note 84 au para 166; O'Malley, *supra* note 88; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3 [Meorin].

⁹² O'Malley, *supra* note 88; *Big M Drug Mart*, *supra* note 87; Meorin, *supra* note 90.

⁹³ Mélanie Samson, « Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle : convergence ou divergence ? » (2008) 49:2 C de D 297 à la p 303; Michèle Rivet et Anne-Marie Santorineos, « Juger à l'ère des droits fondamentaux » (2012) 42 RDUS 363 à la p 385 et ss.

Considérant que le respect de la dignité de l'être humain, l'égalité entre les femmes et les hommes et la reconnaissance des droits et libertés dont ils sont titulaires constituent le fondement de la justice, de la liberté et de la paix ;

Considérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général ;

Considérant qu'il y a lieu d'affirmer solennellement dans une Charte les libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation ; »⁹⁴

Par conséquent, la Cour suprême énonce que l'objet doit être compris comme étant la « protection du droit à la dignité et à l'égalité de tout être humain et, comme suite logique, la suppression de la discrimination »⁹⁵.

L'interprétation de la *Charte québécoise* dépasse la méthode téléologique puisque les tribunaux cherchent à déterminer l'effet de l'interprétation qu'ils font de la loi⁹⁶. La Cour suprême, discutant de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁹⁷, précisait que de telles lois expriment des objectifs fondamentaux de la société et qu'elles doivent ainsi être interprétées « de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui [les] sous-tendent »⁹⁸. Cette prise en compte de la réalisation concrète de l'objet et de l'incarnation de la loi dans le « réel » relève d'une interprétation pragmatique de la loi :

« L'interprétation en droit, on l'a vu, ne se conçoit pas comme animée du seul but de reconstituer la pensée dont le texte fournit le support matériel : souvent interprétation opérative, qui conduit à une action, elle se montre sensible aux conséquences, favorables ou non, de l'application du texte. Le devoir de fidélité à l'intention du législateur n'exclut pas, en effet, toute sensibilité aux exigences du juste et du raisonnable dans les cas d'espèce, double allégeance de l'interprète, rétroaction de

⁹⁴ *Charte des droits et libertés de la personne*, supra note 14 préambule.

⁹⁵ *Ville de Montréal et Ville de Boisbriand*, supra note 84 à la p 685.

⁹⁶ Pierre-André Côté (avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat), *Interprétation des lois*, 4e éd, Montréal, Thémis, 2009 à la p 509.

⁹⁷ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, supra note 36.

⁹⁸ *Robichaud c Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 RCS 84 à la p 90.

l'application sur l'interprétation, arbitrage entre les idées du passé et l'action du présent. »⁹⁹

En ce sens, l'interprétation pragmatique présuppose une intention du législateur de « respecter les valeurs et de ne pas déroger aux principes de la société à laquelle il s'adresse »¹⁰⁰. À l'instar des lois remédiatrices visant à garantir les droits et libertés¹⁰¹, la *Charte québécoise* s'interprète selon ces principes. Dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, la Cour suprême indiquait que :

« La *Charte [québécoise]* n'est pas une loi ordinaire mise en vigueur par le législateur québécois au même titre que n'importe quel autre texte législatif. Il s'agit plutôt d'une loi bénéficiant d'un statut spécial, d'une loi fondamentale, d'ordre public, quasi constitutionnelle, qui commande une interprétation large et libérale de manière à réaliser les objets généraux qu'elle sous-tend de même que les buts spécifiques de ses dispositions particulières. »¹⁰²

Ainsi, la *Charte québécoise* doit être interprétée de manière à donner effet à son objet de protection de la dignité et de l'égalité de chaque personne¹⁰³. La détermination de l'objet de la loi est intrinsèquement liée à la prise en compte du contexte¹⁰⁴.

ii. Les contextes législatif, de valeur et social

L'interprétation large et libérale a mené les tribunaux canadiens à adopter une vision de plus en plus contextualisée de la justice en matière de droits de la personne¹⁰⁵. Au regard de la *Charte canadienne*, les tribunaux ont parfois mobilisé une « méthode contextuelle » pour

⁹⁹ Côté, *supra* note 95 à la p 509.

¹⁰⁰ *Ibid* à la p 510.

¹⁰¹ *Ibid* à la p 577.

¹⁰² *Béliveau St-Jacques*, *supra* note 84 au para 42 [Nos soulignés].

¹⁰³ *Maksteel*, *supra* note 88 au para 44.

¹⁰⁴ Antoine Bigenwald, « L'évaluation des objectifs législatifs en vertu de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés » (1994) 35:4 C de D 779 à la p 802.

¹⁰⁵ Sirma Bilge et Olivier Roy, « La discrimination intersectionnelle : la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire » (2010) 25:1 RCDS 51 à la p 61; Commission ontarienne des droits de la personne, *Approche intersectionnelle de la discrimination : Pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples*, 2001 à la p 18, en ligne : <<http://www.ohrc.on.ca/fr/approche-intersectionnelle-de-la-discrimination-pour-traiter-les-plaintes-relatives-aux-droits-de-la>> (consulté le 2 décembre 2014); Coutu et Bosset, *supra* note 28 à la p 254; Michelle Boivin, « Le besoin urgent d'un nouveau cadre conceptuel en matière de droits à l'égalité » (2004) 45:2 C de D 327 à la p 62.

déterminer le sens des normes¹⁰⁶, ce qui inspirera également la prise en compte du contexte dans l'analyse de la *Charte québécoise*.

À l'origine de cette approche, les tribunaux réfèrent fréquemment à la décision *Edmonton Journal* de la Cour suprême relative aux limites de publicité des procédures judiciaires dans les matières familiales et de l'atteinte à la liberté d'expression. Dans son opinion, la juge Wilson affirme :

« Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale. La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté.

[...] C'est pour cette raison que je crois que l'importance du droit ou de la liberté doit être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et que son objet doit être déterminé en fonction du contexte. Cette étape franchie, le droit ou la liberté doit alors, en conformité avec les arrêts de notre Cour, recevoir une interprétation généreuse qui vise à atteindre cet objet et à assurer à l'individu la pleine protection de la garantie. »¹⁰⁷

Cette prise en compte du contexte est apparue dans la jurisprudence, même avant la décision *Edmonton Journal*¹⁰⁸, puis s'est élargie¹⁰⁹. Elle a été reprise par la jurisprudence subséquente, soit pour déterminer l'étendue d'un droit et de sa violation, soit pour les pondérer en vertu de l'article

¹⁰⁶ Danielle Pinard, « La méthode contextuelle » (2002) 81 R du B can 323 à la p 324; Luc Bégin et Yannick Vachon, « L'interprétation contextuelle : pour le meilleur et pour le pire? » dans DeLloyd J Guth et al, dir, *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada, 1987-2002*, Montréal, Publié pour la Société historique de la Cour suprême du Canada par Wilson & Lafleur, 2004 à la p 721.

¹⁰⁷ *Edmonton journal c Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 RCS 1326 [*Edmonton journal*].

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Pinard, *supra* note 105 à la p 352; Samson, *supra* note 92 à la p 304; *Big M Drug Mart*, *supra* note 87 au para 117.

premier de la *Charte canadienne*¹¹⁰. Elle a également été mobilisée aux fins d'interprétation de la *Charte québécoise*¹¹¹.

Danielle Pinard explique que le contexte a été appréhendé sous trois aspects dans la pratique judiciaire : juridique, de valeurs et factuel (« réalité » sociale)¹¹². Premièrement, le contexte réfère aux « normes juridiques pertinentes »¹¹³. À cet effet, le juge doit considérer la loi dans son ensemble, l'historique législatif, les législations connexes, les instruments internationaux, etc.¹¹⁴.

Deuxièmement, de par sa nature axiologique, la *Charte québécoise* implique nécessairement une prise en compte, voire un arbitrage¹¹⁵, des valeurs dans la détermination du sens de ses normes. À cet égard, l'honorable Louis Lebel affirme que les lois reconnaissant les droits et libertés :

« sont souvent conçues en termes très généraux et forts abstraits. Souvent, elles ne contiennent pas des règles au sens strict, mais des normes ou des principes exprimant les valeurs d'une société. Le débat judiciaire permet alors d'élaborer graduellement le contenu et le sens de ces droits. »¹¹⁶

Le contexte de valeurs est considéré lorsque le jugement confère une valeur relative à un droit ou une liberté par rapport à d'autres intérêts en cause¹¹⁷. Cette prise en compte du contexte de valeurs s'inscrit dans l'interprétation pragmatique des lois :

¹¹⁰ Pinard, *supra* note 105 à la p 339.

¹¹¹ *Ville de Montréal et Ville de Boisbriand*, *supra* note 84 au para 71; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Calego international inc*, 2011 QCTDP 4 au para 374 et ss. [*Calego international*]; *Mastropaolo*, *supra* note 86 au para 137.

¹¹² Pinard, *supra* note 105 à la p 325.

¹¹³ *Ibid* à la p 326.

¹¹⁴ *Ibid* à la p 326; Rivet et Santorineos, *supra* note 92 à la p 386; *Ville de Montréal et Ville de Boisbriand*, *supra* note 84 au para 71; *Vallée c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2005 QCCA 316 au para 28 [*Vallée*].

¹¹⁵ Michel Coutu et François Fournier, « Le Québec et le monde 1975-2000 : mutations et enjeux » dans *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés. Volume 2, Études*, Montréal, CDPDJ, 2003, 247 à la p 53.

¹¹⁶ Louis LeBel, « Reconnaissance et effectivité des droits fondamentaux : la fonction démocratique des tribunaux constitutionnels » (2015) Hors-série-Mélanges en l'honneur de Jacques-Yvan Morin RQDI 25 à la p 34.

¹¹⁷ Pinard, *supra* note 105 à la p 334; Rivet et Santorineos, *supra* note 92 à la p 385.

« Parler d'effets favorables ou défavorables d'une loi, c'est poser un jugement de valeur. L'interprétation pragmatique renvoie ainsi au contexte de valeurs, au contexte axiologique d'adoption et d'application de la loi. [...] Le contexte dans lequel le texte nouveau s'inscrit n'est cependant pas constitué uniquement de règles au sens strict, qu'elles soient légiférées ou jurisprudentielles : la nouvelle loi est aussi susceptible de voir son sens modelé par les principes juridiques dont le système est porteur [...] ainsi que par les valeurs qui dominent dans la société à un moment donné. »¹¹⁸

Par exemple, en matière de droits et libertés, le TDPQ a déjà énoncé que la dignité constituait une valeur sous-tendant la *Charte québécoise*, permettant d'interpréter tous les droits et libertés y étant reconnus¹¹⁹ :

« Le droit à la dignité de toute personne est un droit spécifiquement protégé et prévu à l'article 4 de la Charte. Outre cette disposition, le droit à la dignité se pose en tant que valeur transcendante à tous les droits et libertés et inscrite dans le préambule de la Charte, ce qui en fait un principe premier d'interprétation de celle-ci. La Charte consacre ainsi cette valeur non seulement en tant que droit, mais en tant que principe constituant le fondement de tous les droits et libertés, incluant le droit à l'égalité. »¹²⁰

David Gilles et Simon Labayle considèrent que la conception de la dignité comme valeur sous-tendant l'ensemble des droits et libertés lui confère une « portée remarquablement large et ouverte, ainsi qu'une autorité morale puissante et incontestable »¹²¹.

Finalement, le contexte peut s'entendre des circonstances factuelles du litige particulier ou, plus largement, du contexte social¹²². En matière de droits de la personne, particulièrement dans les questions de droit à l'égalité, la prise en compte de la « réalité » sociale¹²³ détient une

¹¹⁸ Côté, *supra* note 95 à la p 509.

¹¹⁹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Beaublanc inc.*, [1999] 1999 CanLII 40 (QC TDP) [*Beaublanc inc.*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Transport en commun La Québécoise Inc.*, [2002] 2002 CanLII 9226 (QC TDP) [*Transport en commun La Québécoise inc.*]; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Laval (Ville de)*, 2006 QCTDP 17 à la p 2 [*Ville de Laval*].

¹²⁰ *Transport en commun La Québécoise inc.*, *supra* note 118 au para 31.

¹²¹ David Gilles et Simon Labayle, « L'irrédentisme des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique » (2012) 42 RDUS 309 à la p 17.

¹²² Pinard, *supra* note 105 à la p 326; Rivet et Santorineos, *supra* note 92 à la p 386; Sur le contexte social en droit, voir Jean-François Gaudreault-DesBiens et Diane Labrèche, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain : l'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville, Yvon Blais, 2009.

¹²³ Pinard, *supra* note 105 à la p 328.

importance indéniable¹²⁴. À cet effet, les tribunaux réfèrent à des données considérées non juridiques afin de régler les questions de droit : « de phénomènes sociaux, de faits sociaux, de la description d'un état de fait ou encore de liens de causalité entre certains événements »¹²⁵.

Soulignons notamment l'opinion du juge McIntyre dans *Andrews* : « la matérialisation [du concept comparatif d'égalité] ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte sociopolitique où la question est soulevée »¹²⁶. Dans cette même affaire, la juge Wilson avait affirmé que la détermination d'un motif analogue « ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée, mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société »¹²⁷.

Dans la décision *Law*¹²⁸, la Cour suprême a énoncé des facteurs contextuels aux fins de détermination d'une atteinte à la dignité dans le cadre du droit à l'égalité, facteurs qui seront ensuite repris dans plusieurs décisions¹²⁹. L'arrêt *Law* fit couler beaucoup d'encre sur le critère d'atteinte à la dignité. La jurisprudence subséquente a interprété les facteurs contextuels, non comme critère exigé, mais plutôt de manière à contextualiser l'objet de l'article 15 de la *Charte canadienne*, la lutte contre la discrimination comme phénomène de « perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes »¹³⁰.

Les tribunaux estiment parfois que ces faits sociaux constituent une connaissance d'office¹³¹. À titre d'exemple, dans la décision *R. c. S. (R.D.)*, la Cour reconnaît d'office

¹²⁴ *Ibid* à la p 345; *Egan c Canada*, [1995] 2 RCS 513 au para 82 [*Egan*]; *Andrews c Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143 à la p 164 [*Andrews*].

¹²⁵ Pinard, *supra* note 105 à la p 327.

¹²⁶ *Andrews*, *supra* note 123.

¹²⁷ *Ibid*.

¹²⁸ *Law c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497 (C) au para 62 [*Law*].

¹²⁹ *Granovsky c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 RCS 703 au para 59 [*Granovsky*]; *Corbiere c Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203 au para 60 [*Corbiere*]; *Lovelace c Ontario*, [2000] 1 RCS 950 au para 55.

¹³⁰ *R c Kapp*, [2008] 2 RCS 483 (CSC) au para 24; Voir également les motifs de la juge Abella dans les décisions *Québec (Procureur général) c A*, 2013 CSC 5 et *Première Nation de Kahkewistahaw c Taypotat*, 2015 CSC 30.

¹³¹ Pinard, *supra* note 105 à la p 330; *Law*, *supra* note 127 au para 77.

l'existence du racisme à Halifax¹³². À cet effet, Danielle Pinard note que ce genre de raisonnement est loin d'une « incursion débridée dans le "réel" »¹³³. Elle observe par ailleurs un élargissement de la méthode contextuelle :

« Il semble s'être produit à un moment donné dans la jurisprudence une rupture, qui a fait en sorte que l'on a commencé à s'autoriser de la méthode contextuelle pour planter un décor empirique, un environnement factuel général visant à éclairer les questions de droit. Dans un souci marqué de réalisme, on a explicitement choisi de comprendre la règle de droit à la lumière du contexte factuel dans lequel elle s'insère, et qu'elle cherche parfois à modifier. On a continué à parler de la méthode contextuelle, et donc à bénéficier de la légitimité de plus en plus associée au concept, mais on lui a fait faire un bond en avant considérable en élargissant le champ couvert par ledit contexte. »¹³⁴

Les tribunaux réfèrent également à des statistiques, des études ou des rapports de comités avec des données empiriquement recueillies afin de saisir le « réel »¹³⁵. Par conséquent, la pratique judiciaire n'obéit pas à des règles uniformisées et constantes dans sa détermination des contextes aux fins d'interprétation de la loi¹³⁶.

En somme, la pratique judiciaire interprète la *Charte québécoise* à l'aide des approches interprétatives large et libérale, téléologique, pragmatique et contextuelle. Même si ni la pratique judiciaire ni la doctrine ne consacrent une méthode uniforme d'interprétation, la préoccupation quant à l'incarnation des objets de la *Charte québécoise* dans la « réalité » sociale, dévoilée par la prise en compte du contexte élargi, s'en dégage. L'énonciation et l'interprétation des droits reconnus par la *Charte québécoise* visent alors à permettre la réalisation de l'objet de protection du droit à la dignité et à l'égalité, par la suppression de la discrimination, dans le « monde vécu ». Cette recherche de la réalisation de l'effectivité en tant que critère juridique de la norme se révèle

¹³² *R c S (RD)*, [1997] 3 RCS 484 au para 46; Pinard, *supra* note 105 à la p 366.

¹³³ Pinard, *supra* note 105 à la p 351.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*; *R c Seaboyer*; *R c Gayme*, [1991] 2 RCS 577, en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1fskg>> (consulté le 4 octobre 2015); *Young c Young*, [1993] 4 RCS 3.

¹³⁶ Pinard, *supra* note 105 à la p 358.

d'ailleurs dans les déplacements effectués par les tribunaux relativement à leur conception de l'égalité.

C. Le droit à l'égalité : vers la détermination du sens de la norme intégrant la « réalité » sociale de la discrimination

Bien que les lois sur les droits de la personne soient interprétées de façon similaire, la réception de la discrimination en vertu de la norme québécoise se distingue de celle de la *Charte canadienne* et des autres lois provinciales en la matière. La *Charte québécoise* propose des particularités indéniables, même s'il semble que la Cour suprême tente d'harmoniser l'interprétation des normes antidiscriminatoires sous les divers codes, chartes et lois¹³⁷. Au cours des années, la pratique judiciaire a adopté une approche de plus en plus fondée sur la « réalité » aux fins de détermination du sens de la norme antidiscriminatoire, déplacement qui aura une incidence sur l'appréhension de la norme québécoise (i). Ce déplacement soutient en partie l'hypothèse selon laquelle la norme pose une exigence d'effectivité qui lui est intrinsèque de par sa nature (ii).

i. Un déplacement dans la réception de la discrimination : d'une signification de la norme en tant qu'égalité formelle à l'égalité dite « réelle »

L'interprétation large, libérale, téléologique et contextuelle de l'égalité impliquait un déplacement dans la réception judiciaire de la discrimination¹³⁸ : d'une conception formelle vers une conception dite « réelle » de l'égalité. Dans la foulée de l'adoption de la *Charte canadienne* et de la création du TDPQ, la jurisprudence relative à la *Charte québécoise* s'est adaptée à cette signification juridique de l'égalité¹³⁹.

Les premières conceptions juridiques de l'égalité étaient qualifiables de « formelles », se manifestant principalement par l'égalité de tous devant la loi et par un traitement identique pour

¹³⁷ Coutu et Bosset, *supra* note 28 à la p 250.

¹³⁸ Nous entendons par « réception judiciaire » de la norme antidiscriminatoire la façon dont les tribunaux construisent son sens par son énonciation, son interprétation et son application.

¹³⁹ Proulx, *supra* note 38 à la p 73.

tous¹⁴⁰. Les premières décisions de la Cour suprême relatives à la *Déclaration canadienne des droits* portaient cette conception formelle de l'égalité¹⁴¹. La signification juridique de la norme se restreignait à la reconnaissance des disparités de traitement intentionnelles, ouvertes et délibérées¹⁴², constituant une discrimination directe¹⁴³. Daniel Proulx constate que :

« Bien qu'essentielle en soi, cette notion d'égalité [formelle], qui se limite à l'examen des distinctions formelles que contient la loi et qui ne cherche pas au-delà des termes utilisés par le législateur l'effet ultime de la loi sur les groupes sociaux, paraît toutefois nettement insuffisante. Elle ne fournit pas une arme constitutionnelle efficace contre la discrimination, car elle ne permet pas de lever les obstacles qui désavantagent injustement certains individus ou groupes d'individus et qui les empêchent de jouir concrètement des mêmes droits, services et avantages offerts à tous dans la société. »¹⁴⁴

C'est dans l'affaire *Andrews*, sous la plume du juge McIntyre, que la Cour suprême rejette cette conception formelle¹⁴⁵. La pratique judiciaire lui préfère une conception dite « réelle »¹⁴⁶. Les tribunaux supposent que cette égalité « réelle » se réaliserait par un traitement différencié et adapté aux circonstances¹⁴⁷. Par conséquent, la recherche de l'égalité « réelle » ou « substantive » vise à rendre compte des « déséquilibres socio-économiques historiquement constitués entre les citoyens »¹⁴⁸. En admettant que l'intention ne soit pas un élément nécessaire, la portée du sens de

¹⁴⁰ Daniel Proulx, « Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law* : un pas en avant ou un pas en arrière? » (2001) 61 R du B 187 à la p 192.

¹⁴¹ Voir notamment *Procureur général du Canada c Lavell*, [1973] [1974] RCS 1349 [*Lavell*].

¹⁴² Muriel Gagnon et Pierre Bosset, « Le droit à l'égalité : des progrès remarquables, des inégalités persistantes » dans *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés. Volume 2, Études*, Montréal, CDPDJ, 2003, 247 à la p 68.

¹⁴³ Proulx, *supra* note 139 à la p 220.

¹⁴⁴ *Ibid* à la p 267.

¹⁴⁵ *Andrews*, *supra* note 123.

¹⁴⁶ *Ibid* à la p 166; *Eldridge c Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 RCS 624 [*Eldridge*]; *R c Kapp*, *supra* note 129; Fay Faraday, Margaret Ann Denike et M Kate Stephenson, *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009 à la p 73; Rivet et Santorineos, *supra* note 92 à la p 374; Bilge et Roy, *supra* note 104 à la p 61; Boivin, *supra* note 104 à la p 62.

¹⁴⁷ *Taypotat*, *supra* note 130, au para 17; *Québec c A*, *supra* note 130, au para 151 ; *R c Kapp*, *supra* note 129; *Andrews*, *supra* note 123; Rivet et Santorineos, *supra* note 92 à la p 374.

¹⁴⁸ Gagnon et Bosset, *supra* note 141 à la p 62; Voir aussi Faraday, Denike et Stephenson, *supra* note 145 à la p 248.

la discrimination s'est élargie aux actes apparemment neutres, mais discriminatoires dans leurs effets réels¹⁴⁹.

Dans les premières interprétations de la *Charte québécoise*, Michel Coutu et Pierre Bosset constatent une méfiance des juges à son égard se traduisant par une interprétation stricte des motifs de discrimination¹⁵⁰. Afin d'atteindre l'objet visé par la *Charte québécoise*¹⁵¹, les tribunaux québécois ont ensuite suivi le mouvement amorcé par la Cour suprême particulièrement grâce à l'impulsion apportée par la création du TDPQ :

« L'évolution de la notion de discrimination marquera le passage d'une logique *libérale*, imperméable aux conditions sociales, économiques et politiques de l'exercice des droits, à une logique *substantive* permettant de donner véritablement forme aux impératifs d'égalité inscrits dans la [*Charte québécoise*]. »¹⁵²

Cette logique accepte en partie la prise en compte des faits socio-économiques¹⁵³, une pratique que Coutu et Bosset qualifient de « jurisprudence sociologique »¹⁵⁴. Ils estiment que le TDPQ a développé « un corpus jurisprudentiel impressionnant [...] non seulement largement cohéren[t], mais également créat[eur] »¹⁵⁵ relativement à l'article 10 de la *Charte québécoise*. Cette jurisprudence exige la prise en compte du contexte social dans la détermination de la signification de la norme, en plus d'une estimation de la portée effective de la norme d'égalité, par la recherche de la réalisation de ses objets.

ii. *Une exigence d'effectivité inhérente à la norme antidiscriminatoire québécoise : la construction de l'hypothèse*

Tel que nous l'avons exposé, la pratique judiciaire présuppose que l'interprétation large, libérale, téléologique, pragmatique et contextuelle résulte en une prise en compte de la « réalité »

¹⁴⁹ O'Malley, *supra* note 88 au para 14; Mastropaolo, *supra* note 86 au para 127; *Québec (Ville) c Commission des droits de la personne*, [1989] 1989 CanLII 613 ((QC CA)) [*Ville de Québec*].

¹⁵⁰ Coutu et Bosset, *supra* note 28 à la p 249.

¹⁵¹ Rivet et Santorineos, *supra* note 92 à la p 373; Faraday, Denike et Stephenson, *supra* note 145 à la p 247.

¹⁵² Gagnon et Bosset, *supra* note 141 à la p 68.

¹⁵³ Coutu et Fournier, *supra* note 114 à la p 49.

¹⁵⁴ Coutu et Bosset, *supra* note 28 à la p 254.

¹⁵⁵ *Ibid* à la p 253; Concernant la jurisprudence du TDPQ à l'égard de la norme d'égalité, voir également Proulx, *supra* note 38 à la p 71.

sociale afin d'y assurer la réalisation de l'objet de la *Charte québécoise*. Elle soutient que ces approches interprétatives visent à ce que la protection de la dignité et la suppression des discriminations se réalisent adéquatement dans le monde vécu, postulant implicitement qu'une telle interprétation de la norme est suffisante pour agir sur cette « réalité ». L'hypothèse est que la norme antidiscriminatoire est de celles qui posent une exigence d'effectivité, exigence qui s'inscrit notamment dans la continuité des travaux de Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez relatifs à l'hypothèse de normes à exigence de réflexivité¹⁵⁶. Cette exigence lui est inhérente en raison de sa nature axiologique, indéterminée et réflexive, exigence dont la pratique judiciaire cherche à optimiser le potentiel par les approches interprétatives visant à appréhender la « réalité » sociale.

Nous avons déjà illustré la conjoncture dans laquelle s'inscrit l'adoption de la *Charte québécoise* et, plus largement, les adaptations du système québécois de promotion et protection des droits et libertés de la personne. L'élaboration de la norme antidiscriminatoire québécoise correspond en partie aux diverses transformations du droit issues de l'avènement de l'État providence. Si certaines dispositions s'inscrivent dans la mouvance moderne des droits civils et politiques et des libertés fondamentales, d'autres se rapportent à la logique de l'État social. La *Charte québécoise* intègre ainsi des droits et libertés issus des deux approches distinctes préconisées par le PIDESC et le PIDCP. L'interdiction de la discrimination s'exerce quant à l'une ou l'autre de ces catégories de droits reconnus. La particularité de ce droit postmoderne est de proposer des normes au contenu indéterminé et de nature réflexive servant un objectif de régulation sociale¹⁵⁷. Jacques Chevallier soumet que ce droit postmoderne se veut pragmatique : « sous-tendu par une volonté d'action sur le réel »¹⁵⁸. Le droit postmoderne, et son interprétation par les tribunaux, s'adapte conséquemment au contexte des sociétés qu'il vise à réguler¹⁵⁹. La disposition antidiscriminatoire de la *Charte québécoise* crée une norme s'inscrivant dans cette transformation du droit.

¹⁵⁶ Lalonde et Bernatchez, *supra* note 25.

¹⁵⁷ Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, LGDJ, 2008 à la p 104.

¹⁵⁸ *Ibid* à la p 137.

¹⁵⁹ *Ibid* à la p 138.

Premièrement, la *Charte québécoise* doit être comprise comme visant une action régulatoire sur le «réel». L'honorable Louis Lebel constatait que le «droit des personnes appartient à la société civile et à chaque citoyen»¹⁶⁰ et que les tribunaux détiennent le rôle d'énonciation et d'application des droits fondamentaux «pour assurer leur épanouissement»¹⁶¹. Deuxièmement, la norme antidiscriminatoire est indéterminée, la détermination de son sens se réalisant d'après un contexte de valeurs et de faits accepté par la pratique judiciaire en vertu d'approches interprétatives téléologique, pragmatique et contextuelle. Par ailleurs, conformément à la nature axiologique de ces normes, le contexte pertinent est choisi en fonction des valeurs qui les sous-tendent, mais également selon les finalités qu'elles visent à atteindre. Finalement, la norme antidiscriminatoire nous apparaît comme étant réflexive. L'on observe ainsi une ouverture vers les destinataires de la norme, par la prise en compte d'un certain contexte et du sens de la norme dans le monde vécu¹⁶². L'hypothèse des normes à exigence de réflexivité, développée par Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, s'inscrit dans cette réflexion selon laquelle les normes, notamment celles de promotion des droits de la personne, appellent à leurs destinataires pour la construction de leur sens et de leur mise en œuvre¹⁶³ :

« La réalisation de la forme de vie «idéale» appelée par la norme est conditionnée par autre chose que par la seule «validité» formelle de la règle. La norme ne peut s'inscrire dans le réel et y prendre «sens» qu'en s'appuyant, en mobilisant, en «faisant retour» (réflexivité) sur les perceptions de formes de vie vécues et effectivement acceptées par les destinataires de la règle. »¹⁶⁴

Dans le cas de la norme antidiscriminatoire, elle porte une exigence d'effectivité comprise comme une condition de la détermination de son sens dans le monde vécu¹⁶⁵. La question de la

¹⁶⁰ LeBel, *supra* note 115 à la p 35.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Lalonde et Bernatchez, *supra* note 25 à la p 185.

¹⁶³ Bernatchez, *supra* note 23 à la p 164.

¹⁶⁴ Jacques Lenoble et Marc Maesschalck, *L'action des normes: éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2009 à la p 111.

¹⁶⁵ Il est important de noter que l'exigence d'effectivité dans la conception de Louise Lalonde se comprend, dans le cas de normes de droit souple, comme une condition de la validité en sus d'être une condition de détermination de leur sens. Ce n'est toutefois pas notre cas en l'espèce puisque la norme antidiscriminatoire est valide selon les sources formelles du droit. Voir : Lalonde, Louise. « L'internormativité sous l'angle de la détermination du sens des normes; vers un droit de la gouvernance », *supra* note 25.

détermination du sens appelle, traditionnellement, les théories de l'interprétation¹⁶⁶, et dans cette perspective, une réflexion sur la prise en compte des contextes de faits et de valeurs et du sens construit par les destinataires de la norme par l'interprétation. En ce sens, il nous apparaît que la détermination du sens de la norme antidiscriminatoire québécoise se fait selon ces critères : premièrement, l'action régulatoire qui est présupposée sur le « réel » en vue d'assurer la réalisation des objets de la norme, deuxièmement, la double réception à la fois des contextes de faits et de valeurs et, finalement, la réception du sens construit par les destinataires. Ces critères de détermination du sens de la norme, s'inscrivant dans une recherche de l'effectivité par le législateur et découlant de la nature axiologique de la norme, supposent une exigence d'effectivité inhérente à la norme. L'exigence d'effectivité telle que nous l'entendons est issue de la prétention de la norme antidiscriminatoire à embrasser la réalité, de façon à ce que sa signification juridique construite par les théories interprétatives prenne en compte la « réalité » du monde vécu. En ce sens, nous nous intéressons aux effets du contexte de faits et de valeurs de la « réalité » sociale, c'est-à-dire l'effectivité sociale, sur la norme. Cette exigence questionne conséquemment la division entre droit et société : la réalisation de la pleine amplitude de l'exigence d'effectivité dépend de la porosité de la frontière entre le social et le droit, soit des conditions permettant la réception juridique de l'effectivité sociale aux fins de détermination du sens de la norme.

La notion d'exigence d'effectivité doit être distinguée du critère d'effectivité comme « préalable à la reconnaissance de la juridicité et de la validité de la norme »¹⁶⁷. Dans l'ouvrage *Effectivité et droits de l'homme*, Champeil-Desplats constate un renversement : l'effectivité d'un droit ne dépend plus de sa simple énonciation dans une règle, l'effectivité est dorénavant requise

¹⁶⁶ Nous précisons « traditionnellement » puisque, bien que le mémoire ne l'aborde pas, cette vision de la détermination possible du sens par les théories de l'interprétation présuppose notamment la capacité pour les juges de recevoir ces divers contextes. Nous n'explorons pas dans ce mémoire ces présupposés qui relèvent d'une réflexion épistémologique sur la normativité de la norme. Voir les travaux de Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez sur l'exigence de réflexivité et les travaux de Louise Lalonde sur l'exigence d'effectivité comme consubstantielle à toutes normes.

¹⁶⁷ Clara-Maud Philippe, « Entre effectivité et validité du droit : l'exemple du droit du public à l'information » dans par Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris 10, 2008, 59 à la p 59.

pour constater l'existence et garantir les droits et libertés¹⁶⁸. Dans ce deuxième sens, la norme est valide si elle est effectivement invocable devant les instances juridictionnelles et respectée par les sujets de droit en raison d'une certaine contrainte¹⁶⁹.

La notion d'effectivité utilisée dans ce mémoire doit également être distinguée de l'effectivité de la norme au sens de l'étude des effets concrets pour les destinataires dans le monde social d'une norme. Nous ne référons pas à l'effectivité dans le sens empirique des études sociologiques : l'on ne cherche pas à déterminer dans quelle mesure la norme a des effets concrets, calculables et percevables¹⁷⁰, ni d'établir l'efficacité ou l'efficience de celle-ci. L'effectivité n'est donc pas celle de la « réception du droit dans la sphère sociale »¹⁷¹ : l'on ne vérifiera pas si l'égalité existe concrètement dans la société et dans quelle mesure la discrimination subsiste pour établir un écart.

Dans le cadre de ce mémoire, l'exigence d'effectivité s'observe dans la réception de la discrimination de la « réalité » sociale pour, d'une part, déterminer le sens juridique de la norme par l'interprétation tenant compte du contexte et, d'autre part, par la détermination du sens que vise à prendre la norme dans le social au regard de la réalisation de ses objets. Plus particulièrement, en matière de discrimination, Sarah Benichou évoque trois aspects sous lesquels s'observe l'effectivité : « détection de la violation, son traitement et enfin l'issue, la sanction »¹⁷². Dans le cadre de ce mémoire, ces moments de la réception en droit des discriminations « réelles » seront étudiés.

En somme, nous avons établi que le constat d'un premier écart entre l'interprétation juridique de la norme et la « réalité » de la discrimination a fourni l'occasion d'un déplacement de la

¹⁶⁸ Champeil-Desplats, *supra* note 22 à la p 24.

¹⁶⁹ Philippe, *supra* note 167 à la p 68.

¹⁷⁰ Champeil-Desplats, *supra* note 22 à la p 29.

¹⁷¹ Pierre Lascoumes et Évelyne Serverin, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit » (1986) 2:1 Droit et société 101-124 à la p 124.

¹⁷² Sarah Benichou, « L'effectivité du principe de non-discrimination "raciale" : concurrence ou complémentarité du juge et de la Halde? » dans par Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris 10, 2008, 193 à la p 196.

pratique judiciaire vers une conception dite « réelle » de l'égalité. Nous soutenons que la norme antidiscriminatoire porte en elle-même une exigence d'effectivité ; exigence qui lui est inhérente de par sa nature et de par la détermination de son sens par le droit. La norme porte en elle-même ce potentiel de pleine réalisation de l'exigence. L'amplitude de sa réalisation dépend ainsi des conditions de détermination du sens de la norme, et non de la norme en soi.

D. Les limites à réaliser le plein potentiel de l'exigence d'effectivité : écart entre la « réalité » sociale de la discrimination et sa réception aux fins de détermination du sens de la norme antidiscriminatoire

Il est indéniable que le déplacement d'une conception formelle vers une conception « réelle » de l'égalité a permis d'élargir la réception de la discrimination par le droit (i). Des formes de discriminations vécues dans le social ont alors été reconnues juridiquement afin d'assurer la réalisation des objets de la *Charte québécoise*, la protection de la dignité et la lutte contre les discriminations, et conséquemment, d'optimiser le potentiel de réception de l'effectivité sociale. Néanmoins, l'on observe encore, dans la « réalité », des discriminations ignorées par la réception juridique de l'effectivité sociale de la discrimination (ii). Ce constat soulève un questionnement quant à la pleine réalisation de l'exigence d'effectivité de la norme antidiscriminatoire québécoise.

- i. *L'interprétation judiciaire de la norme antidiscriminatoire québécoise : les critères de détermination des discriminations dites « réelles »*

Rappelons que l'article 10 de la *Charte québécoise* reconnaît spécifiquement le droit à l'égalité dans l'exercice des droits et libertés de la personne :

« 10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit. »¹⁷³

Le droit à l'égalité est directement lié à la notion de discrimination, cette dernière constituant l'« image en creux » du premier¹⁷⁴. En effet, après avoir consacré le droit à l'égalité au premier alinéa de l'article 10 de la *Charte québécoise*, le législateur a ensuite prévu la définition de ce qui « pourra constituer une brèche au principe »¹⁷⁵. La garantie du droit à l'égalité devient ainsi le corollaire de la prohibition de la discrimination¹⁷⁶.

Les tribunaux considèrent que l'acte discriminatoire interdit en vertu de la norme québécoise est constitué de trois critères :

- 1) Il existe une distinction, exclusion ou préférence ;
- 2) Cette distinction, exclusion ou préférence est fondée sur un des motifs énumérés au premier alinéa de l'article 10 de la *Charte québécoise* ;
- 3) La distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne.¹⁷⁷

Même si la pratique judiciaire requiert une interprétation généreuse des motifs¹⁷⁸, les tribunaux sont limités par la liste de motifs exhaustive définie dans le libellé de la loi¹⁷⁹.

Selon la conception dite « réelle » de la discrimination, il est essentiel que la victime démontre que la distinction avait pour effet de détruire ou compromettre l'exercice d'un droit ou

¹⁷³ *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 14, art 10.

¹⁷⁴ Gagnon et Bosset, *supra* note 141 à la p 65.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid* à la p 66.

¹⁷⁷ *Forget c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 90 au para 10 [*Forget*]; *Commission scolaire des Hauts-Bois-de-l'Outaouais*, *supra* note 44 au para 136; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 RCS 161 à la p 181 [*Hôpital général de Montréal*]; *Commission scolaire régionale de Chambly c Bergevin*, [1994] 2 RCS 525 à la p 538 [*Bergevin*]; *Ford c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712 [*Ford*].

¹⁷⁸ Colleen Sheppard, *Grounds of Discrimination: Towards an Inclusive and Contextual Approach*, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2001 à la p 903, en ligne : <<http://papers.ssrn.com/abstract=2292128>> (consulté le 28 septembre 2014).

¹⁷⁹ Gagnon et Bosset, *supra* note 141 à la p 66.

d'une liberté de la personne¹⁸⁰. Les tribunaux ont précisé que le droit à l'égalité prévu à l'article 10 est une « modalité de particularisation des divers droits et libertés de la personne »¹⁸¹. S'il doit être juxtaposé à un autre droit pour être mis en œuvre¹⁸², la Cour suprême considère qu'il constitue un droit autonome¹⁸³. En effet, il faut distinguer la portée autonome du droit à sa non-indépendance dans l'application¹⁸⁴. Il s'agit ainsi d'un droit autonome au sens où il n'exige pas une double violation de l'article 10 et d'un autre droit. Il est toutefois non-indépendant en ce que son champ d'application exige qu'il soit invoqué dans l'exercice d'un autre droit prévu par la *Charte québécoise*.

En adoptant une conception « réelle » qui commande une approche axée sur les effets préjudiciables de la conduite¹⁸⁵, les tribunaux ont reconnu de nouvelles formes de discrimination, autre que la discrimination directe¹⁸⁶. La première est la discrimination indirecte, ou par suite d'un effet préjudiciable¹⁸⁷. Elle résulte d'une politique ou d'un geste neutre ayant néanmoins pour effet de désavantager les membres d'un groupe de façon disproportionnée¹⁸⁸. En second, l'on a reconnu la discrimination systémique¹⁸⁹, se définissant comme :

« La somme d'effets d'exclusion disproportionnés qui résultent de l'effet conjugué d'attitudes empreintes de préjugés et de stéréotypes, souvent inconscients, et de politiques et pratiques généralement adoptées sans tenir

¹⁸⁰ Ford, *supra* note 177 au para 80.

¹⁸¹ *Commission des droits de la personne c Commission scolaire Saint-Jean-sur-Richelieu*, [1991] RJQ 3003 (QC TDP) [*Commission scolaire Saint-Jean-sur-Richelieu (QCTDP)*].

¹⁸² Coutu et Bosset, *supra* note 28 à la p 286.

¹⁸³ *Bombardier (CSC)*, *supra* note 89 au para 54.

¹⁸⁴ David Robitaille, « Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise : des concepts « fondateurs » qui méritent d'être mieux connus » (2004) 35 RDUS 111 à la p 120; Daniel Proulx, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles » [2003] R du B (numéro spécial sur la Charte canadienne) 487.

¹⁸⁵ Gagnon et Bosset, *supra* note 141 à la p 68.

¹⁸⁶ *Bombardier (CSC)*, *supra* note 89 au para 34; Laure Bereni et Vincent-Arnaud Chappe, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique » (2011) 94:2 Politix 7-34 à la p 14.

¹⁸⁷ Bergevin, *supra* note 177 à la p 541; Meorin, *supra* note 90 à la p 15.

¹⁸⁸ *Maksteel*, *supra* note 88 au para 37; *O'Malley*, *supra* note 88 au para 18.

¹⁸⁹ *Meorin*, *supra* note 90 à la p 26.

compte des caractéristiques des membres de groupes visées par l'interdiction de la discrimination. »¹⁹⁰

La preuve de telles formes de discrimination est réalisée par un ensemble de faits relatifs aux politiques, comportements et attitudes dont l'assemblage produit et maintient ces effets disproportionnés pour un groupe spécifique¹⁹¹. Plus récemment, les tribunaux ont constaté la discrimination sous forme de profilage : le pouvoir discrétionnaire des policiers, ou de personnes en autorité, pouvant être discriminatoire, de façon individuelle ou systémique, et ce, même s'il y a commission d'infraction¹⁹². Dès qu'un des facteurs d'exercice du pouvoir est lié à un motif, il y a discrimination¹⁹³.

En somme, les déplacements d'une conception formelle de la discrimination à une vision dite « réelle » s'observent dans la jurisprudence relative à la *Charte québécoise*¹⁹⁴. La création du TDPQ en 1990 n'y est pas étrangère : un tribunal spécialisé en matière de discrimination formé par des décideurs sensibilisés à cette réalité dont les interprétations s'inspirent de celles de la *Charte canadienne* et du droit international ne pouvait qu'adhérer à cette conception. La pratique judiciaire a ainsi sanctionné des formes de discrimination moins apparentes dans le but d'assurer une réparation aux victimes et de lutter contre la discrimination.

ii. *Des discriminations « réelles » qui glissent dans les failles de l'interprétation de la norme antidiscriminatoire par la pratique judiciaire*

Si l'objet de la *Charte québécoise* est de garantir l'égalité en éliminant la discrimination et en assurant la protection de la dignité, l'on peut déduire que la reconnaissance des formes existantes de discrimination dans la « réalité » sociale constitue le moyen de l'atteindre. Certaines formes de discriminations se heurtent toutefois aux limites de la réception juridique. En ce sens, nous

¹⁹⁰ *Gaz métropolitain inc c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201 au para 37 [*Gaz métropolitain (QCCA)*].

¹⁹¹ *Ibid* au para 47.

¹⁹² *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Montréal (Ville de) (Service de police de la Ville de Montréal)(SPVM)*, 2008 QCTDP 23 au para 31; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Bertrand*, 2013 QCTDP 6 au para 115; *Bombardier (CSC)*, *supra* note 89 au para 34.

¹⁹³ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Montréal (Ville de) (Service de police de la Ville de Montréal)(SPVM)*, *supra* note 192 au para 31.

¹⁹⁴ Proulx, *supra* note 38 à la p 73.

observons que l'exigence d'effectivité de la norme n'est pas réalisée à son plein potentiel : une certaine effectivité sociale n'arriverait pas à dépasser le seuil pour en permettre la réception juridique, malgré les critères existants de détermination du sens de la norme.

Dans un premier temps, malgré sa volonté de prise en compte d'un certain contexte, la détermination juridique du sens de la norme correspond à une conception unidimensionnelle et comparative de la discrimination. Rappelons que pour déposer une plainte de discrimination en vertu de la *Charte québécoise*, il est nécessaire de sélectionner au moins un motif de discrimination. La *Charte québécoise* n'offre pas la possibilité d'ajouter un motif non énuméré de discrimination ou d'alléguer expressément la discrimination multiple. Certaines formes de discrimination sont toutefois plus complexes que cette perspective moniste, essentialiste et unidimensionnelle. La mesure de l'écart entre la réception juridique de la norme et la « réalité » se perçoit davantage dans le cas de ces discriminations complexes qui n'obéissent pas au schéma normalisé reconnu par la pratique judiciaire.

La littérature dans des disciplines « externes » au droit reconnaît l'existence de formes de discrimination multidimensionnelle, cumulative ou intersectionnelle dans la « réalité » sociale¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Hae Yeon Choo et Myra Marx Ferree, « Practicing Intersectionality in Sociological Research: A Critical Analysis of Inclusions, Interactions, and Institutions in the Study of Inequalities » (2010) 28:2 *Sociological Theory* 129–149; Anna Carastathis, « Basements and Intersections » (2013) 28:4 *Hypatia* 698–715; S Bilge, « Recent Feminist Outlooks on Intersectionality » (2010) 57:1 *Diogenes* 58–72; Nira Yuval-Davis, « Situated Intersectionality and Social Inequality » (2015) 58:2 *Raisons politiques* 91; Petra Heyse, « Deconstructing Fixed Identities: An Intersectional Analysis of Russian-speaking Female Marriage Migrants' Self-representations » (2010) 31:1 *Journal of Intercultural Studies* 65-80; Kimberle Crenshaw, « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color » (1991) 43:6 *Stanford Law Review* 1241; Kimberle Crenshaw, Leslie McCall et Sumi Cho, « Toward a Field of Intersectionality Studies : Theory, Applications, and Praxis » (2013) 38:4 *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 785; Patricia Hill Collins, « It's All in the Family: Intersections of Gender, Race, and Nation » (1998) 13:3 *Hypatia* 62–82; Christian Poirer, « Articuler les rapports de sexe, de classe et interethniques: Quelques enseignements du débat nord-américain » (2005) 21:1 *Revue européenne des migrations internationales* 195-226; Isabelle Carles, « Les discriminations multifactorielles fondées sur le genre et l'origine ethnique » (2011) 4:1292 *Hommes & Migrations* 48-56; Olivier Roy, « Homosexualités et intersectionnalité : approches théoriques » (2010) Volume 11:3 *L'Autre* 292-300; Marie-Therese Chicha, « Discrimination systémique et intersectionnalité : la déqualification des immigrantes à Montréal » (2012) 24 *CJWL* 82; Darren L Whitfield et al, « Queer Is the New Black? Not So Much: Racial Disparities in Anti-LGBTQ Discrimination. » (2014) 26:4 *Journal of Gay & Lesbian Social Services* 426-440; Colleen Sheppard, *Multiple discrimination in the world of work*, Working paper no 66, Genève, Organisation internationale du travail, 2011 à la p 3; Varda Muhlbaier, Joan C Chrisler et Florence Denmark, *Women and aging: an international, intersectional*

Alors que la discrimination cumulative se rapporte à la somme des motifs, la discrimination intersectionnelle relève de leur combinaison produisant une forme unique et distincte de discrimination¹⁹⁶. À titre d'exemple, certains soutiennent que les femmes autochtones au Canada subissent des oppressions en tant que femmes et en tant qu'autochtones qui, combinées, créent des effets particuliers¹⁹⁷. De la même façon, les membres des communautés ethnoculturelles vivant avec des problématiques liées à un handicap subiraient des contraintes dues aux effets combinés de leur handicap, de leur statut précaire et des conséquences de l'immigration, mais également, aux obstacles créés par le milieu. Les discriminations à leur égard porteraient des effets distincts des personnes handicapées n'ayant pas à confronter tous ces aspects¹⁹⁸.

Colleen Sheppard observe trois tendances dans la société dévoilant l'existence de ces formes de discrimination. Premièrement, les organismes représentant des groupes précis augmentent l'allocation de ressources visant les problèmes spécifiques de discriminations multiples dans leur communauté¹⁹⁹. Deuxièmement, de nouveaux groupes reflétant ces problématiques complexes émergent²⁰⁰. Finalement, divers organismes avec des missions plus larges que la représentation de groupes marginalisés accordent une importance accrue aux problématiques liées à l'inégalité²⁰¹.

Dans un second temps, une discrimination pourrait résulter d'un motif qui n'est pas énuméré dans la *Charte québécoise*. Par exemple, les personnes transgenres subissent des discriminations

power perspective, 2015; Tiffany Monique Griffin, *The Intersection of Race, Class, and Gender in Higher Education: Implications for Discrimination and Policy*, Ann Arbor, Mich, Proquest, Umi Dissertation Publishing, 2011.

¹⁹⁶ Bilge et Roy, *supra* note 104 à la p 53.

¹⁹⁷ Clinique internationale de défense des droits humains et Femmes autochtones du Canada, *Discrimination intersectionnelle et droit à l'identité*, 2012, en ligne : <http://www.ciddhu.uqam.ca/documents/discrimination_femmes_autochtones_CIDDHU_FR.pdf>.

¹⁹⁸ Association multi-ethnique pour l'intégration des personnes handicapées du Québec, *Qui sommes-nous? Philosophie de base*, en ligne : <<http://www.ameiph.com/index.php/home/tutorials-mainmenu-48/liensutiles-menu>>.

¹⁹⁹ Sheppard, *supra* note 195 à la p 22; Par exemple, le Centre de recherche-action sur les relations raciales.

²⁰⁰ *Ibid*; Par exemple : Association multiethnique pour l'intégration des personnes handicapées du Québec, Femmes autochtones du Québec et Alliance pour les femmes handicapées du Québec.

²⁰¹ *Ibid* à la p 23; Voir notamment le Projet jurisprudence de la Clinique de défense des droits humains de l'Université du Québec à Montréal.

qui sont fondées sur l'identité de genre et l'expression de genre, caractéristiques qui ne se correspondent pas réellement au motif de « sexe » ni à celui d'« état civil »²⁰². En outre, certaines personnes s'estiment discriminées en milieu de travail eu égard à leur apparence physique issue de caractéristiques étant immuables ou non²⁰³. Cette forme de discrimination se rattacherait à plusieurs aspects protégés (liberté de religion, handicap, dignité, image, etc.) sans être considérée comme un motif à part entière. Sans préjuger de l'opportunité d'ajouter ces motifs ou de les inclure sous d'autres motifs, ces réflexions constituent des indices d'une certaine « réalité » qui n'est pas prise en compte dans la détermination du sens de la norme.

Malgré la nature foncièrement axiologique et sociale de la norme antidiscriminatoire québécoise, la réception juridique de la « réalité » sociale demeure soumise à la distanciation et à l'objectivation des faits sociaux et des valeurs exigées par le positivisme juridique²⁰⁴. Il y aurait donc une limite, d'une part, dans la reconnaissance compartimentée et limitée des motifs et, d'autre part, dans la compréhension des phénomènes complexes de discriminations « réelles »²⁰⁵. Certaines discriminations glissent dans les failles en ce qu'elles ne parviennent pas à traverser la frontière de la « réalité » sociale vers le droit, en raison des conditions de leur réception juridique. Conséquemment, la détermination du sens de la norme antidiscriminatoire ne permet pas de les reconnaître juridiquement, contribuant ainsi à les maintenir et les reproduire dans la « réalité » sociale. À la lumière de la littérature sur les discriminations, l'on peut toutefois soutenir que cela ne suffit pas à tenir compte de la « réalité sociale », ni à agir sur celle-ci.

À partir du moment où l'on pose l'hypothèse d'une exigence d'effectivité inhérente à la norme, ce problème de l'écart entre la « réalité » et le sens juridique de la norme ne questionne

²⁰² Jean-Sébastien Sauvé, « L'interdiction de discriminer les personnes trans* dans la *Charte des droits et libertés de la personne* » [2015] 23 *Enfances Familles Générations* 108.

²⁰³ Anne-Marie Delagrave, *Le contrôle de l'apparence physique du salarié*, Cowansville, Québec, Yvon Blais, 2010.

²⁰⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962; Sur l'objectivation et la distanciation à l'égard des faits, voir notamment Louise Lalonde, « La conférence de règlement à l'amiable dans le nouveau *Code de procédure civile du Québec*. Les deux faces de Janus. Réflexions théoriques sur le concept de droit et la Conférence de règlement à l'amiable », dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez (dir.), *Le nouveau code de procédure civile du Québec: « approche différente » et « accès à la justice civile »?*, 2014.

²⁰⁵ Sheppard, *supra* note 195 à la p 1; Bilge et Roy, *supra* note 104.

pas la loi, mais plutôt les conditions de détermination de son sens. La norme porte déjà en elle tout le potentiel d'amplitude de la réalisation de cette effectivité : le problème juridique résulte plutôt du fait que les conditions de la réception de l'effectivité sociale par le droit n'apparaissent pas suffisamment larges pour embrasser la « réalité » de la discrimination et, conséquemment, réaliser pleinement l'exigence d'effectivité inhérente à la norme. C'est ce constat construit sur la vision de la *Charte québécoise* et du droit antidiscriminatoire que nous souhaitons éclairer. Pour ce faire, nous commencerons par un premier approfondissement des diverses conceptions théoriques de la discrimination afin de cibler notre problématique de recherche. Si la détermination du sens juridique n'embrasse pas suffisamment la « réalité » pour satisfaire à l'exigence d'effectivité de la norme, il est opportun de s'interroger sur les possibilités d'en élargir le potentiel par une approche théorique qui redéfinirait les conditions de la réception juridique de l'effectivité sociale.

II. LES CONCEPTIONS THÉORIQUES DE LA PRISE EN COMPTE DE LA « RÉALITÉ » SOCIALE DE LA DISCRIMINATION

Le sens juridique de la discrimination est construit, nous l'avons vu, d'après une certaine compréhension du droit antidiscriminatoire. Au cœur de cette conception, l'on a cerné une exigence d'effectivité comme inhérente à la norme antidiscriminatoire québécoise. Il convient ainsi d'approfondir les diverses conceptions théoriques de la prise en compte de la « réalité » sociale de la discrimination afin d'éclairer ce problème. En effet, si l'interprétation judiciaire ne permet pas une optimisation de l'exigence d'effectivité, quelles sont les conceptions théoriques pouvant en élargir le potentiel de réalisation ?

La réflexion sur les limites de la conception formelle de l'égalité à traduire la complexité des rapports de discrimination s'est également posée hors de la discipline juridique. En sociologie et en philosophie politique, l'on observe une compréhension de la discrimination dépassant les limites de l'égalité formelle. Cette littérature nous permet d'explicitier la notion de discrimination, hors du droit, dans son enracinement social et politique. Au sein de cette réflexion, l'intersectionnalité émerge comme une approche critiquant le droit et les politiques antidiscriminatoires dans leurs insuffisances à appréhender la complexité des rapports

dynamiques de discrimination (A). Cet approfondissement des conceptions théoriques de la discrimination nous permettra d'exposer la compréhension à la fois pratique et théorique du phénomène social de discrimination et sa réception par le droit, à la lumière de l'intersectionnalité. Inspiré par l'émergence des théorisations de l'intersectionnalité, l'on retrouve de plus en plus de références à l'intersectionnalité dans les normes, politiques et jurisprudence, dénotant d'un élargissement vers une conception juridique intersectionnelle de la discrimination (B). La littérature juridique s'intéresse à ces conceptions théoriques de la discrimination à la lumière de l'intersectionnalité. Si les juristes réfèrent à l'approche intersectionnelle comme outil d'appréhension de la « réalité » de la discrimination, ils adoptent des positions différentes quant à son apport au droit afin d'agir sur cette réalité (C).

A. Les conceptions théoriques des inégalités : vers l'émergence des théorisations de l'intersectionnalité de la discrimination

La réflexion sur les inégalités multiples et croisées trouve ses origines dans la littérature féministe afro-américaine²⁰⁶, puis s'est principalement développée au sein des théories féministes²⁰⁷. Afin de rendre compte des discriminations multiples, les théorisations de l'intersectionnalité visent à rompre avec les idées de « priorité des luttes » ou de cumul des oppressions ²⁰⁸(i). La conception des discriminations multiples et croisées a ensuite été approfondie par la métaphore de l'intersection, devenue un véritable paradigme des études sur la discrimination et reprise maintes fois dans la littérature en sociologie et en politique (ii).

²⁰⁶ Elizabeth Harper, *Regards sur l'intersectionnalité*, Montréal, Centre de recherche interdisciplinaire sur la violence familiale et la violence faite aux femmes, 2013 à la p 2, en ligne : <<http://site.ebrary.com/lib/abhealth/Doc?id=10681770>> (consulté le 10 décembre 2014); Alexandre Baril, *La normativité corporelle sous le bistouri : (re)penser l'intersectionnalité et les solidarités entre les études féministes, trans et sur le handicap à travers la transsexualité et la transcapacité*, Thèse de doctorat en philosophie en études féministes, Université d'Ottawa, 2013 à la p 38, en ligne : <<http://www.ruor.uottawa.ca/handle/10393/30183>> (consulté le 10 novembre 2014).

²⁰⁷ Sirma Bilge, « Théorisations féministes de l'intersectionnalité » (2010) 225:1 *Diogenes* 70-88 à la p 70; Emily Grabham, dir, *Intersectionality and beyond: law, power and the politics of location*, coll Social justice, Abingdon, Oxon, Routledge-Cavendish, 2009 à la p 21.

²⁰⁸ Alexandre Jaunait et Sébastien Chauvin, « Représenter l'intersection » (2012) 62:1 *Revue française de science politique* 5 à la p 13.

i. *Les oppressions multiples et la priorité des luttes : aux origines de la pensée intersectionnelle*

Anna Julia Cooper²⁰⁹ et William E.B. Du Bois²¹⁰ sont parmi les premiers auteurs à constater et étudier la complexité des systèmes de dominations, en appréhendant les liens entre identité et structure sociale²¹¹. Ils considèrent que les femmes afro-américaines, subissant plusieurs oppressions simultanées, sont devenues des forces de changement et des leaders de la communauté au cœur des luttes sociales²¹². En 1892, Cooper publie un des premiers ouvrages dénonçant la situation particulière des femmes noires américaines, devant vivre avec deux identités sociales différentes dans un contexte d'esclavage, puis, de son abolition²¹³. Quelques années plus tard, Du Bois affirme que la position sociale des afro-américains est déterminée par les hiérarchies sociales de race, de classe et de nation dans un essai sur la domination blanche et patriarcale des femmes en situation d'esclavage²¹⁴.

Au début des années 70, Mary Ann Weathers conclut à l'existence d'une « commune oppression » de toutes les femmes, au nom de laquelle ces dernières doivent créer une sororité afin de se mobiliser contre le sexisme²¹⁵. Elle perçoit l'oppression multiple comme plusieurs rapports de domination en addition, le sexisme étant le dénominateur commun²¹⁶. Plusieurs auteurs critiqueront cette conception homogène des femmes, notamment Adrienne Rich qui dénoncera ce « solipsisme blanc »²¹⁷.

²⁰⁹ Enseignante, auteur et militante, née esclave. Voir Kathryn T Gines, « Anna Julia Cooper » dans Edward N Zalta, dir, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015, en ligne : The Stanford Encyclopedia of Philosophy <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/anna-julia-cooper/>> (consulté le 19 septembre 2015).

²¹⁰ Écrivain et militant noir américain. Voir Elliot Rudwick, *Encyclopaedia Universalis, sub verbo* « Du Bois William Edward (1868-1963) », en ligne : Encyclopaedia Universalis <<http://www.universalis-edu.com.proxy.bibliotheques.uqam.ca:2048/encyclopedia/william-edward-du-bois/>> (consulté le 19 septembre 2015).

²¹¹ Harper, *supra* note 206 à la p 3.

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid* à la p 2; Anna Carastathis, « The Concept of Intersectionality in Feminist Theory » (2014) 9:5 Philosophy Compass 304–314 à la p 305.

²¹⁴ Harper, *supra* note 206 à la p 3.

²¹⁵ Michele Wallace et Elsa Dorlin, *Black feminism: anthologie du féminisme africain-américain, 1975-2000*, Paris, L'Harmattan, 2008 à la p 20.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Jaunait et Chauvin, *supra* note 208 à la p 7.

À cette même époque, naîtra le mouvement du *Black feminism*, courant de pensée politique, incluant toutes celles qui s'identifient comme féministes «de couleur» (notamment les autochtones, les «chicanas», les sino-américaines)²¹⁸. Contrairement à Weathers, le *Black feminism* vise à penser le féminisme sans l'isoler du racisme ou des rapports de classe²¹⁹. Frances Beal et bell hooks²²⁰, notamment, dénoncent l'instrumentalisation des femmes noires²²¹ : d'un côté, elles sont appelées à se mobiliser contre la commune oppression que représente le sexisme et, de l'autre côté, elles doivent être solidaires des hommes noirs en acceptant les rapports de domination de sexe. Ces deux logiques en tension entretiennent finalement autant le racisme que le sexisme²²². Les développements récents en matière d'intersectionnalité trouvent principalement leurs origines dans ce contexte d'émergence de la pensée féministe noire aux États-Unis²²³.

En France, les réflexions sur les rapports de domination s'inscrivent principalement dans les mouvements et revendications ouvriers et étudiants, depuis mai 1968²²⁴. Les femmes demeurant invisibles dans les luttes marxistes, les féministes françaises dénoncent l'idée d'une « priorité des luttes »²²⁵. Leur pensée s'intéresse principalement à l'exploitation économique issue de la domination des hommes sur les femmes²²⁶. Elles estiment que le genre constitue un rapport social comparable à ceux de classe et de race et justifient ainsi une lutte autonome des femmes au sein des mouvements sociaux²²⁷. Conséquemment, l'on observe une représentation plus homogène des femmes. Même si d'autres courants féministes français critiquent cette conception d'une

²¹⁸ Wallace et Dorlin, *supra* note 215 à la p 21.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ bell hooks (en minuscules) est le nom d'emprunt de Gloria Jean Watkins, militante et auteure féministe. The European Graduate School, *bell hooks - Biography*, en ligne : <<http://www.egs.edu/library/bell-hooks/biography/>> (consulté le 15 septembre 2015).

²²¹ Wallace et Dorlin, *supra* note 215 à la p 40; Harper, *supra* note 206 à la p 5 Voir bell hooks, *Feminist Theory : From Margin to Center*, Cambridge, MA : South End, 1984; Carastathis, *supra* note 213 à la p 305.

²²² Wallace et Dorlin, *supra* note 215 à la p 40.

²²³ Bilge, *supra* note 207 à la p 73; Nira Yuval-Davis, « Intersectionality and Feminist Politics » (2006) 13:3 *European Journal of Women's Studies* 193-209 à la p 193.

²²⁴ Jaunait et Chauvin, *supra* note 208 à la p 8.

²²⁵ *Ibid* à la p 9.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ *Ibid.*

oppression commune, ceux-ci ne seront pas suffisamment dominants pour assurer le développement marquant d'une pensée sur les dominations multiples à cette époque²²⁸. Cela explique sans doute que plusieurs auteurs dressent les origines de la notion d'intersectionnalité à partir des sources américaines du *Black Feminism*.

ii. *L'intersectionnalité de la discrimination : de la métaphore de l'intersection au paradigme des études sur les inégalités complexes*

Si le point d'origine de l'idée d'intersectionnalité est celui des mouvements militants et sociaux, de véritables théorisations ont été déployées dans plusieurs disciplines, notamment la science politique, le droit, la sociologie et la philosophie²²⁹. Alors que certaines le qualifient de simple « buzzword »²³⁰, d'autres estiment qu'il s'agit de l'un des plus importants apports théoriques récents pour comprendre les inégalités complexes²³¹.

L'origine du terme « intersectionnalité » est fréquemment associée à Kimberlé W. Crenshaw²³², professeure de droit connu pour ses travaux s'inscrivant dans la *Critical Race Theory*²³³. En 1989, dans un article publié dans le *University of Chicago Legal Forum*, elle est la première à nommer cette idée qu'est l'« intersection ». Dans son article, elle explique l'intersection du genre et de la race à l'aide d'une métaphore :

« Consider an analogy to traffic in an intersection, coming and going in all four directions. Discrimination, like traffic through an intersection, may flow in one

²²⁸ *Ibid* à la p 10; Yuval-Davis, *supra* note 223 à la p 194.

²²⁹ Jaunait et Chauvin, *supra* note 208 à la p 17; Crenshaw, McCall et Cho, *supra* note 195 à la p 787; Ann Garry, « Intersectionality, Metaphors, and the Multiplicity of Gender » (2011) 26:4 *Hypatia* 826–850 à la p 826.

²³⁰ Kathy Davis, « Intersectionality as buzzword: a sociology of science perspective on what makes a feminist theory successful » (2008) 9 *Feminist Theory* 67; Hans-Joachim Bürkner, « Intersectionality: How Gender Studies Might Inspire the Analysis of Social Inequality among Migrants: Intersectionality and the Analysis of Social Inequality among Migrants » (2012) 18:2 *Population, Space and Place* 181-195 à la p 184; Jennifer C Nash, « Re-thinking intersectionality » (2008) 89 *Feminist review* 1 à la p 3.

²³¹ Bilge, *supra* note 207 à la p 70; Carastathis, *supra* note 213 à la p 304; Leslie McCall, « The complexity of intersectionality » dans Emily Grabham, dir, *Intersectionality and beyond: law, power and the politics of location, coll Social justice*, Abingdon, Oxon, Routledge-Cavendish, 2009 à la p 1771.

²³² Harper, *supra* note 206 à la p 5.

²³³ Pour plus d'informations sur le mouvement Critical Race Theory dans lequel s'inscrivent les travaux sur les intersections de genre et de race, voir notamment Jean-François Gaudreault-Des Biens, *La Critical Race Theory ou le droit étatique comme outil utile, mais imparfait, de changement social*, 48, Ed juridiques associées, 2001.

direction, and it may flow in another. If an accident happens in an intersection, it can be caused by cars traveling from any number of directions and, sometimes, from all of them. Similarly, if a Black woman is harmed because she is in the intersection, her injury could result from sex discrimination or race discrimination. »²³⁴

Dans un second article, Crenshaw s'intéresse à la violence masculine contre les femmes, sous la forme de coups et de viol²³⁵. Elle démontre que : « les expériences des femmes de couleur sont souvent le produit des croisements du racisme et du sexisme, et qu'en règle générale elles ne sont pas plus prises en compte par le discours féministe que par le discours antiraciste »²³⁶. Par conséquent, les deux discours marginalisent les intérêts des femmes de couleur qui vivent une expérience « qualitativement différente »²³⁷.

Crenshaw distingue deux types d'intersectionnalité : structurelle et politique. D'une part, l'intersectionnalité structurelle réfère aux dominations vécues et renforcées par les structures sociales. Dans son étude de terrain relative aux refuges pour femmes battues, elle constate que, si la première manifestation de la subordination est celle d'une violence infligée, elles vivent plusieurs formes de domination, lesquelles produisent des effets convergents les maintenant dans la relation de domination première²³⁸. L'oppression résultant d'une des catégories est renforcée par les autres²³⁹. En l'occurrence, les refuges omettaient de tenir compte de la situation socioéconomique particulière contribuant à l'aliénation des femmes de couleur²⁴⁰. Par conséquent, les stratégies d'intervention, et plus largement les politiques, à l'égard de ces femmes ne sont pas adéquates puisqu'elles ne tiennent pas compte des intersections. Crenshaw estime que ce constat peut exister dans d'autres cas, notamment chez les femmes immigrantes, soumises à d'autres facteurs de vulnérabilité en raison des règles d'obtention de résidence permanente liées

²³⁴ Kimberle Crenshaw, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics » (1989) 1989 U Chicago Legal F 139 à la p 149.

²³⁵ Kimberlé Williams Crenshaw et Oristelle Bonis, « Cartographies des marges : intersectionnalité, politique de l'identité et violences contre les femmes de couleur » (2005) 39:2 Cahiers du Genre 51 à la p 54.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Ibid* à la p 55.

²³⁹ *Ibid* à la p 56.

²⁴⁰ *Ibid.*

aux conditions de maintien du mariage et de la barrière de la langue²⁴¹. Les politiques ne tenant pas compte de ces oppressions spécifiques renforcent les effets oppressants des situations de domination vécues²⁴².

D'autre part, l'intersectionnalité politique permet de constater la place des femmes de couleur au cœur des luttes politiques, parfois divergentes, des deux groupes auxquels elles appartiennent²⁴³. Ainsi, les luttes féministes et les luttes antiracistes ne reconnaissent pas les intersections de genre et de race dans leur discours²⁴⁴ :

« Le racisme tel qu'il est vécu par les personnes de couleur d'un sexe particulier (masculin) détermine ainsi largement les paramètres des stratégies antiracistes, de même que le sexisme tel qu'il est vécu par des femmes d'une race particulière (blanche) est largement à la base du mouvement des femmes. »²⁴⁵

Les femmes de couleur n'étant toutefois pas soumises aux mêmes oppressions que les hommes de couleur ou les femmes blanches, les discours ne correspondent pas à leur vécu et ne les représentent pas²⁴⁶. En défendant leurs intérêts respectifs sans tenir compte du discours de l'autre, les mouvements antiracistes et féministes ne se reconnaissent pas de validité mutuelle, et conséquemment, renforcent la subordination de l'autre au sein de leur stratégie politique²⁴⁷.

Le concept d'intersectionnalité est repris par plusieurs travaux de recherche, autant dans les domaines de la sociologie, du droit et de la science politique²⁴⁸. Dans les travaux contemporains, le concept d'intersectionnalité dépasse les seules intersections de race et de genre²⁴⁹. Déjà, Crenshaw ne niait pas que d'autres facteurs structurent l'expérience de violence des femmes de

²⁴¹ *Ibid* à la p 58.

²⁴² *Ibid* à la p 59.

²⁴³ *Ibid* à la p 61.

²⁴⁴ *Ibid*.

²⁴⁵ *Ibid*.

²⁴⁶ *Ibid*.

²⁴⁷ *Ibid*.

²⁴⁸ Yuval-Davis, *supra* note 223 à la p 206.

²⁴⁹ Crenshaw, McCall et Cho, *supra* note 195 à la p 788; Patricia Hill Collins, « Social Inequality, Power, and Politics: Intersectionality and American Pragmatism in Dialogue » (2012) 26:2 *Journal of Speculative Philosophy* 442-457 à la p 455; Lori Wilkinson, « Advancing a Perspective on the Intersections of Diversity: Challenges for Research and Social Policy » (2003) 35:3 *Canadian Ethnic Studies* 26-38.

couleur. Ainsi, elle précise que : « des facteurs que je n'aborde qu'en partie ou pas du tout, tels que la classe ou la sexualité, contribuent souvent de manière tout aussi décisive à structurer leurs expériences »²⁵⁰. Elle se restreint toutefois aux intersections de race et du genre afin de démontrer la pertinence de tenir compte des multiples sources de l'identité dans une réflexion sur la structure de la sphère sociale²⁵¹. Rappelons qu'en France, historiquement, la pensée féministe s'est questionnée sur les rapports de classe et les effets spécifiques du capitalisme sur les femmes. Plusieurs courants théoriques peuvent ainsi se retrouver dans ce concept parfois vague et imprécis²⁵².

Les premiers travaux portant sur l'intersectionnalité ayant permis de révéler la mise à l'écart de groupes vivant des oppressions multiples simultanées, les textes contemporains s'intéressent particulièrement au développement « d'un instrument intersectionnel qui transformerait les politiques de justice sociale et les dispositifs de lutte des discriminations »²⁵³. Par conséquent, les travaux s'articulent essentiellement autour de deux questions : comment réaliser une recherche intersectionnelle (théorie et méthodologie) et l'utilisation de ce savoir dans les luttes politiques pour l'égalité²⁵⁴. En ce sens, l'intersectionnalité est un cadre d'analyse pour comprendre les relations/systèmes de pouvoir, mais est également un outil de lutte et de changement pour les groupes opprimés²⁵⁵.

B. Les conceptions juridiques de la discrimination : des traces de l'intersectionnalité dans les normes juridiques et la pratique judiciaire

De façon simultanée à l'émergence des théorisations de l'intersectionnalité hors de la discipline juridique, des traces de l'intersectionnalité commencent à apparaître dans les lois et autres normes ainsi que dans les politiques des organismes chargés de la protection et de la promotion des droits de la personne, au Québec et ailleurs dans le monde (*i*). La pratique

²⁵⁰ Crenshaw et Bonis, *supra* note 235 à la p 54.

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² Bilge, *supra* note 207 à la p 72; Garry, *supra* note 229 à la p 833; Davis, *supra* note 230.

²⁵³ Bilge, *supra* note 207 à la p 71.

²⁵⁴ *Ibid.*; Crenshaw, McCall et Cho, *supra* note 195 à la p 801.

²⁵⁵ Collins, *supra* note 249 à la p 452.

judiciaire n'y étant pas indifférente, elle mobilise, dans une moindre mesure, le concept d'intersectionnalité aux fins de contextualisation de la « réalité » (ii).

i. *La reconnaissance de l'intersectionnalité dans l'élaboration des normes et des politiques*

L'approche intersectionnelle du droit trouve écho dans les normes antidiscriminatoires et chez des organismes canadiens de promotion et de protection des droits de la personne. En outre, cette réceptivité à l'idée d'intersectionnalité s'observe dans les normes et politiques internationales relatives aux droits de l'homme.

Aucune des lois canadiennes de protection des droits de la personne n'énonce expressément le concept d'intersectionnalité²⁵⁶. Néanmoins, certaines lois réfèrent expressément à la combinaison de motifs, élément fréquemment associé à l'idée d'intersectionnalité. La *Loi canadienne sur les droits de la personne*²⁵⁷ ainsi que la *Human Rights Act*²⁵⁸ de Terre-Neuve reconnaissent l'effet combiné des motifs de discrimination. Quant à la loi manitobaine, elle exige de prendre compte l'effet cumulatif des motifs lorsque l'arbitre rend une ordonnance²⁵⁹.

La Commission ontarienne des droits de la personne a, depuis 2001, prôné la conception intersectionnelle de la discrimination en raison de la « nécessité de saisir de façon plus complète la façon dont les gens font l'expérience de la discrimination »²⁶⁰. Elle estime que cette approche doit être appliquée sur deux fronts :

« Sur le premier front, il faut passer d'une perspective axée sur un seul modèle à une analyse construite sur l'idée que les expériences individuelles sont fondées sur des identités multiples qui s'exposent à plus d'un motif. Sur le

²⁵⁶ Voir Annexe IV pour une liste des dispositions des lois canadiennes en matière de discrimination.

²⁵⁷ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *supra* note 36, art 3.1: « Il est entendu que les actes discriminatoires comprennent les actes fondés sur un ou plusieurs motifs de distinction illicite ou l'effet combiné de plusieurs motifs ».

²⁵⁸ *Human Rights Act*, SNL 2010, c H-131, art 9(4)(a): « Where this Act protects an individual from discrimination on the basis of a prohibited ground of discrimination, it also protects the individual from discrimination on the basis of (a) 2 or more prohibited grounds of discrimination or the effect of a combination of prohibited grounds ».

²⁵⁹ *Code des droits de la personne*, CPLM c H175, art 43.

²⁶⁰ Commission ontarienne des droits de la personne, *supra* note 104 à la p 33.

second front, il faut alors poursuivre l'analyse pour examiner les faits de la cause en fonction des facteurs contextuels. »²⁶¹

Elle affirme que son action repose sur cette approche dans tous les secteurs, du traitement des plaintes à la formulation de politiques²⁶². La Commission canadienne des droits a également déposé une communication devant le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies affirmant qu'elle prône une approche systémique afin d'assurer que les problématiques intersectionnelles et le genre soient considérés dans tous les aspects de son travail²⁶³.

L'intersectionnalité est aussi accueillie dans le discours en droit international public. Plusieurs rapports, résolutions et documents des Nations Unies concernant les femmes reconnaissent la pertinence de la reconnaissance de formes de discriminations intersectionnelles²⁶⁴. Le 23 avril 2002, le terme « intersection » a d'ailleurs été utilisé dans une résolution relative aux droits des femmes par la Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme :

« *Recognizes* the importance of examining the intersection of multiple forms of discrimination, including their root causes, from a gender perspective, and their impact on the advancement of women and the enjoyment by woman of their human rights, in order to develop and implement strategies, policies and programmes aimed at the elimination of all forms of discrimination against women and to increase the role that women play in the design, implementation and monitoring of gender-sensitive anti-discrimination policies; »²⁶⁵

En Europe, l'on observe de plus en plus d'initiatives visant à intégrer une approche intersectionnelle au sein du système juridique. Un document préparé par la Direction des politiques internes au Parlement européen recommande d'ailleurs de :

²⁶¹ *Ibid* à la p 31.

²⁶² *Ibid* à la p 33.

²⁶³ Conseil des droits de l'Homme, *Written statement submitted by the Canadian Human Rights Commission*, A/HRC/21/NI/3, 20 septembre 2012.

²⁶⁴ Voir par ex : Conseil des droits de l'Homme, *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences*, A/HRC/20/16/add4, mai 2012; Conseil des droits de l'homme, *Les femmes rurales et le droit à l'alimentation : étude préliminaire*, A/HR/AC/9/5, juillet 2012; Carastathis, *supra* note 213 à la p 304.

²⁶⁵ Commission des droits de l'homme, *Prise en compte des droits fondamentaux des femmes dans tous les organismes du système des Nations Unies*, E/CN4/RES/2002/50, avril 2002 au para 3.

« Promulguer une législation européenne reconnaissant l'existence des discriminations multiples et de la discrimination intersectionnelle et interdisant ces dernières. Il devrait s'agir d'une déclaration de principes. Par exemple, celle-ci pourrait être incluse dans le préambule de la future directive interdisant la discrimination. Elle ne devrait pas être définie davantage puisqu'il s'agira d'une question politique. Les politiques abordant la question des personnes handicapées en tant que catégorie uniforme ne permettront jamais de réduire les inégalités. »²⁶⁶

La Commission européenne a aussi recommandé de modifier le cadre juridique communautaire afin de permettre la mobilisation de l'intersectionnalité par les juristes et juges²⁶⁷.

L'adoption d'une approche intersectionnelle par les juristes et par la pratique judiciaire comme concept opératoire est certainement liée aux libellés des lois qu'elles appliquent. Si la loi prévoit explicitement des critères d'élargissement de la réception de la discrimination intersectionnelle, il semble plus aisé pour les juristes d'y référer. Il en va de même si les politiques des organismes chargés de son application prévoient expressément que la détermination du sens juridique de la discrimination doit tenir compte de l'effet combiné des motifs ou, plus précisément de l'intersectionnalité. L'absence de référence explicite à l'intersectionnalité dans les lois n'empêche toutefois pas d'élargir les critères de détermination par une approche intersectionnelle, ce que les tribunaux ont parfois tenté de faire. Par ailleurs, la mobilisation d'une telle approche par les juristes et par les tribunaux en vue de mieux rendre compte de la « réalité » ne garantit pas une plus grande amplitude dans la réception de la « réalité » sociale par le droit.

ii. *La mobilisation de l'intersectionnalité par la pratique judiciaire*

L'analyse de la pratique judiciaire démontre une faible mobilisation du concept d'intersectionnalité, dont une seule fois concernant la *Charte québécoise*. Néanmoins, certaines décisions s'intéressent à cette conception de la discrimination et l'intègrent à leur analyse, la

²⁶⁶ Direction générale des politiques internes - Département thématique C : Droits des citoyens et affaires constitutionnelles, *Discrimination générée par l'intersection des dimensions du genre et du handicap*, Parlement européen, 2013, en ligne : <<http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/studies.html>>.

²⁶⁷ Susanne Burri et Dagmar Schiek, *Multiple discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, 2009, en ligne : <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/multiplerediscriminationfinal7september2009_en.pdf>.

plupart du temps en effleurant l'approche, l'utilisant comme contexte factuel au sens des théories de l'interprétation²⁶⁸.

Une seule décision du TDPQ a énoncé le principe d'intersectionnalité, sans toutefois l'appliquer à son raisonnement. Le TDPQ était saisi d'une plainte concernant des modifications apportées à la convention collective du Syndicat des constables spéciaux. Selon la requête, la discrimination salariale invoquée était fondée sur l'âge. Le TDPQ ajoute qu'il pourrait également s'agir de discrimination fondée sur la condition sociale. Malgré l'intérêt de cette question, ce motif n'avait pas été invoqué dans la demande. À cet effet, le TDPQ estime :

« Ces observations démontrent aussi que la combinaison d'un statut d'emploi occasionnel à certains facteurs tels que le sexe, l'origine ethnique et l'âge de salariés peut entraîner des conditions de travail moins avantageuses, voire un effet d'exclusion par rapport à certaines protections professionnelles et sociales. La prise en compte d'une telle conjugaison de motifs interdits de discrimination s'inscrit en fait dans une approche contextualisée et sensible au phénomène de la discrimination dite « intersectionnelle », qui tient compte de l'effet particulier découlant de l'interaction ou du chevauchement de plusieurs motifs. »²⁶⁹

Le TDPQ avait également affirmé que l'intersectionnalité constituait un « champ d'études fertile pour cette approche plus contemporaine de la discrimination »²⁷⁰.

La Commission des droits de la personne de l'Ontario préconise aussi l'adoption d'une approche intersectionnelle en matière de droit antidiscriminatoire²⁷¹. Elle estime qu'une telle approche permettrait au tribunal ontarien de reconnaître la complexité et l'unicité de l'expérience de discrimination²⁷². La jurisprudence des tribunaux des droits de la personne ontarien et britanno-colombien est certes plus favorable à l'approche intersectionnelle²⁷³. Notamment, en

²⁶⁸ Cette notion de contexte factuel au sens des théories de l'interprétation doit être distinguée des visions du contexte mobilisées comme cadre théorique d'approches interdisciplinaires et explicitées dans notre Partie II *infra*.

²⁶⁹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Syndicat des constables spéciaux*, 2010 QCTDP 3 au para 216 [*Syndicat des constables spéciaux*].

²⁷⁰ *Ibid* aux paras 216-217.

²⁷¹ Commission ontarienne des droits de la personne, *supra* note 104 à la p 21.

²⁷² *Ibid* à la p 5.

²⁷³ Voir Annexe V pour une liste de décisions canadiennes traitant de la notion d'intersectionnalité.

2003, dans sa décision *Baylis-Flannery*, le tribunal ontarien des droits de la personne mobilisait le concept d'intersectionnalité afin de conclure à la discrimination, mais le considérait également dans son analyse de la réparation :

« While the findings of discrimination made in this case are of sufficient gravity that Ms Baylis-Flannery could succeed on either enumerated ground of race or sex, or on both grounds, one set following the other, the law must acknowledge that she is not a woman who happens to be Black, or a Black person who happens to be female, but a Black woman. The danger in adopting a single ground approach to the analysis of this case is that it could be characterized as a sexual harassment matter that involved a Black complainant, thus negating the importance of the racial discrimination that she suffered as a Black woman. In terms of the impact on her psyche, the whole is more than the sum of the parts: the impact of these highly discriminatory acts on her personhood is serious. The Respondent has wilfully and recklessly injured her dignity and worth. »²⁷⁴

Le tribunal reconnaissait ainsi l'importance de considérer la nature intersectionnelle de la discrimination, en dépit du fait qu'il aurait pu accorder réparation selon l'un ou l'autre des motifs. Il est important de noter que cette décision a été rendue par la vice-présidente du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, Mary Ross Hendricks, qui a reconnu l'intersectionnalité dans plusieurs décisions²⁷⁵.

En 2005, dans l'affaire *Radek* du tribunal de la Colombie-Britannique, le juge indiquait l'importance ne pas ignorer l'intersectionnalité, même si la plainte mettait l'emphasis sur certains motifs :

« Ms. Radek has alleged discrimination on the basis of a number of intersecting grounds: race, colour, ancestry and disability. She is a middle-aged Aboriginal woman with a disability. She is multiply disadvantaged on a number of grounds protected by the Code. These grounds cannot be separated out and parsed on an individual basis. Ms. Radek is an integrated person, with a number of characteristics, some of them protected under the Code, all of which are alleged to have been factors in how she was treated on May 10. It is Ms. Radek who went through the events of that day, not a number of disembodied and distinct

²⁷⁴ *Baylis-Flannery v DeWilde (Tri Community Physiotherapy)*, 2003 HRTO 28 au para 145 [*Baylis-Flannery*].

²⁷⁵ *Hogan c Ontario*, 2006 HRTO 32 (dissidente); *Flamand v DNG Investments*, 2005 HRTO 10 ; *Arias v Desai*, 2003 HRTO 1; *Ontario Human Rights Commission v Motsewetshe*, 2003 HRTO 21.

grounds. Ms. Radek's particulars of allegation reflect this reality in her allegation that she was discriminated against "because of the way I look". The way a person looks is the result of a complex combination of many factors. [...] While the primary focus of Ms. Radek's individual complaint is her race, colour and ancestry, the analysis of those grounds must not ignore her disability, and the possibility of the compound discrimination which may have occurred. »²⁷⁶

En outre, il est intéressant de constater que des utilisations du concept d'intersectionnalité dans la jurisprudence ont été réalisées dans des domaines autres que le droit antidiscriminatoire. On retrouve notamment des traces du concept d'intersectionnalité dans les affaires devant la Cour fédérale en matière d'immigration. En effet, dans *Gorzsas c. Canada*, la Cour a estimé que l'agent devait tenir compte de l'intersectionnalité de la preuve et de l'effet cumulatif de la discrimination sur le demandeur²⁷⁷. Procédant de la même façon dans une affaire subséquente, la Cour fédérale affirme que le « défaut d'aborder l'intersectionnalité des facteurs de risques constitue une erreur »²⁷⁸.

Certes, la pratique judiciaire a démontré qu'elle était en mesure d'invoquer le concept d'intersectionnalité pour mieux rendre compte d'un certain contexte factuel. Il semble que cette idée apparaît dans des situations où l'intersection des motifs est explicite. Néanmoins, les tribunaux semblent peu enclins à intégrer l'intersectionnalité dans leur appréhension de la norme antidiscriminatoire, surtout en vertu de la *Charte québécoise*. Dans tous les cas, ils effleurent le concept afin de qualifier la situation d'espèce, sans véritablement réfléchir à l'apport de l'intersectionnalité pour amplifier la réalisation de l'exigence d'effectivité inhérente à la norme. Les juristes se sont intéressés à la question de l'apport de l'intersectionnalité en droit antidiscriminatoire, notamment à la lumière de la pratique judiciaire, mais également de la recherche en droit.

²⁷⁶ *Radek v Henderson Development (Canada) & Securiguard Services (no3)*, 2005 BCHRT 302 aux paras 463-465 [Radek].

²⁷⁷ *Gorzsas c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 458 au para 29.

²⁷⁸ *Djubok c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 497 au para 19 et 20.

C. La littérature des juristes sur l'intersectionnalité : concept opératoire pour élargir la signification juridique de la discrimination ou outil de critique du droit ?

Au regard de l'émergence de l'intersectionnalité comme outil de compréhension de la discrimination, nous pouvons discerner une utilisation flexible, mais peu définie, de cette approche pour appréhender le droit. La littérature sur l'intersectionnalité en droit ne se présente pas sous un corpus précis, cohérent et consensuel, les contextes sociaux et juridiques ayant privilégié des conceptions différentes des inégalités et des moyens d'y remédier²⁷⁹. Un point commun entre la plupart des études est discernable : les auteurs présument que l'intersectionnalité a pour objectif de rendre compte plus adéquatement de la « réalité » de la discrimination, dans toute sa complexité. D'une part, certains juristes estiment que des victimes de discrimination pourraient tomber dans les failles s'il n'y a pas un changement dans la détermination du sens du droit à l'égalité²⁸⁰. Ce constat est souvent associé à l'idée de justice : assurer que ces individus soient pris en compte par le droit assure une meilleure justice selon ceux-ci²⁸¹. D'autre part, les juristes souhaitent que la conception du droit à l'égalité se rapproche de la « réalité » de l'expérience de discrimination. Par exemple, la théorie juridique féministe autochtone proposée par Emily Snyder aurait pour objectif d'appréhender les « real problems » vécus par les autochtones²⁸². L'intersectionnalité est-elle seulement utile pour constater les limites du droit ou représente-t-elle une opportunité d'amplification de la réalisation de l'effectivité de la norme ? Certains juristes y voient un apport considérable pour le développement des recherches en ce qu'il constitue un cadre critique révélant des groupes souvent ignorés par le droit (*i*). D'autres estiment que cette portée critique peut être dépassée et que l'approche intersectionnelle peut investir le droit antidiscriminatoire comme outil opératoire (*ii*).

²⁷⁹ Vincent-Arnaud Chappe, « Le droit au service de l'égalité ? Comparaison des sociologies du droit de la non-discrimination française et états-unienne » [2014] 27 Tracés 107.

²⁸⁰ Nitya Iyer, « Categorical Denials : Equality Rights and the Shaping of Social Identity » (1993) 19 Queen's Law Journal 179; Bilge et Roy, *supra* note 104 à la p 54.

²⁸¹ Douglas Kropp, « “Categorical” Failure : Canada's Equality Jurisprudence - Changing Notions of Identity and the Legal Subject » (1997) 23 Queen's Law Journal 201 à la p 205; Iyer, *supra* note 280.

²⁸² Emily Snyder, « Indigenous Feminist Legal Theory » (2014) 26:2 CJWL 365-401 à la p 398.

i. *L'intersectionnalité comme cadre d'analyse critique pour dévoiler les expériences vécues de groupes aux intersections*

De par ses origines, l'intersectionnalité est utilisée dans la littérature afin de critiquer les différentes théorisations de l'égalité par les juristes et la réception judiciaire des discriminations. De nombreuses études portant sur l'intersectionnalité peuvent être recensées, preuve de la flexibilité du concept. Néanmoins, pour plusieurs juristes, l'intersectionnalité ne permet que de constater les insuffisances à agir sur la « réalité », sans nécessairement permettre une meilleure appréhension de l'égalité « effective ». En ce sens, l'intersectionnalité devient une stratégie politique de lutte contre la discrimination pour des groupes marginalisés se trouvant dissimulés aux intersections. Elle s'inscrit dans une littérature militante cherchant à dénoncer les insuffisances du droit à tenir compte de la perspective des victimes et de leurs expériences vécues, voire à maintenir des inégalités qu'il prétend viser à supprimer.

a. La portée critique comme critère fondamental de l'intersectionnalité

La portée critique de l'intersectionnalité est fondamentale. D'aucuns considèrent que l'intersectionnalité doit demeurer un concept critique du droit. Ces juristes ne nient pas que l'intersectionnalité constitue un concept intéressant pour comprendre la « réalité » sociale de la discrimination, et surtout, un outil politique fort.

Dans cet ordre d'idées, les analyses féministes intersectionnelles constituent principalement des recherches militantes dans la lutte contre les inégalités envers les femmes ignorées ou maintenues par le droit. À titre d'exemple, Marie-Claire Belleau utilise ce qu'elle nomme « l'intersectionnalité stratégique » afin d'étudier le féminisme juridique spécifique au Québec, en comparaison avec celui du « rest of Canada ». Consciente que le fait de catégoriser et de généraliser les luttes identitaires et culturelles des Québécoises et des autres Canadiennes pourrait être considéré comme une forme d'essentialisme, elle est prudente en définissant de façon explicite et détaillée ce qu'elle entend par ces catégories. Elle note que « les complexités de l'appartenance, tant au Québec que dans le [rest of Canada], démontrent que toute description de

l'identité renferme une partialité incontournable difficilement sujette à l'«essentialisation»²⁸³.

Elle conclut que de :

« se concentrer séparément sur les frontières identitaires traditionnelles de la différence sexuelle et du nationalisme risque de subordonner soit les luttes féministes aux revendications [nationaliste et culturelle], soit les doléances [nationaliste et culturelle] aux protestations féministes. Cette subordination survient parce que les frontières d'une lutte camouflent ou rendent invisibles les réclamations faites au nom de l'autre lutte. »²⁸⁴

L'auteure soutient que des conflits quant aux stratégies distinctes créent des possibilités pour « imaginer et déployer des stratégies intersectionnelles plus créatives et originales précisément à cause des luttes et des coalitions qu'ils engendrent »²⁸⁵.

Selon certains, cette portée critique indéniable ne pourrait être transformée en norme dominante. Sébastien Chauvin et Alexandre Jaunait s'interrogent à savoir si :

« La portée critique des théories de l'intersectionnalité est menacée de s'annuler lorsque l'intersectionnalité se transmue en programme positif prétendant constater l'intersection sans l'interroger comme effet de pouvoir. L'approche intersectionnelle est un outil à fort potentiel critique et politique, dont devrait plus volontiers se saisir le combat contre les discriminations. »²⁸⁶

Fériel Kacouckh estime également que l'intersectionnalité doit être mobilisée sans perdre cette portée critique :

« L'intersectionnalité doit donc être mobilisée en renouant avec ses visées initiales d'outil politique qui réinjecte, dans la réflexion juridique, la pluralité des rapports de pouvoir, pour rendre plus audibles les expériences des dominés parmi les dominés et faire ainsi droit aux groupes sociaux minoritaires qui n'ont prise ni sur le débat social, ni sur l'élaboration des normes pour faire entendre leurs voix singulières. »²⁸⁷

²⁸³ Marie-Claire Belleau, « Féminisme juridique “distinct”? Comparaison entre le Québec et le ROC (“Rest of Canada”) » (2005) 35 RDUS 425 à la p 432.

²⁸⁴ *Ibid* à la p 447.

²⁸⁵ *Ibid*.

²⁸⁶ Fériel Kachoukh, « Discriminations multiples Rendre visible l'invisible » (2014) 103:4 Plein droit 7 à la p 7.

²⁸⁷ *Ibid* à la p 10.

Pour plusieurs, la portée critique de l'intersectionnalité constitue un élément essentiel de cette approche. Elle permet de dénoncer les limites du droit et de justifier des stratégies d'action politiques et militantes, notamment pour des transformations du droit. Dans cette perspective, elle devient difficilement opérationnalisable par le droit, sans quoi elle perdrait sa portée critique fondamentale.

b. La flexibilité et la malléabilité : les difficultés de définir une approche particulière

Pour d'autres, l'approche intersectionnelle est peu définie et très flexible, ce qui en fait un concept difficilement mobilisable. Alors que certains auteurs voient une différence entre les analyses « intersectionnelles », « interlocking », « holiste » ou « multidimensionnelles »²⁸⁸, d'autres nomment « intersectionnalité » toute prise en compte de l'effet de multiples dominations. Rakhi Ruparelia y voit un problème dans l'utilisation du concept :

« The references to intersectionality have for the most part become predictable and uninspired, no more than a routine acknowledgement that women are diverse and that feminist scholarship and advocacy must reflect these differences [...] They read as though feminists copy a prescribed paragraph or footnote from the “feminist manual”. [...] What is lacking is any real engagement with the multiple oppression and privileges that shape women's lives, despite many superb examples of intersectionality “in action” - analyses that connect “the general to the particular”... »²⁸⁹

Les conceptions du droit à l'égalité ne faisant pas consensus, les manières d'appréhender les formes de discrimination plus « subtiles » soulèvent aussi des difficultés d'ordre conceptuel²⁹⁰.

À titre d'exemple, Vincent-Arnaud Chappe a exploré et comparé la littérature sociologique française et américaine sur les effets du droit de l'égalité. Il en conclut que les deux littératures proposent des façons différentes de critiquer les effets du droit antidiscriminatoire sur la

²⁸⁸ Kerri A Froc, « Multidimensionality and the Matrix: Identifying Charter Violations in Cases of Complex Subordination » (2010) 25:1 RCDS 21; Darren L Hutchinson, « Identity Crisis: “Intersectionality”, “Multidimensionality”, and the Development of an Adequate Theory of Subordination » (2000) 6 Michigan Journal of Race and Law 285.

²⁸⁹ Rakhi Ruparelia, « Legal Feminism and the Post-Racism Fantasy » (2014) 26:1 CJWL 81 à la p 97.

²⁹⁰ Boivin, *supra* note 104 à la p 3.

« production d'égalité »²⁹¹. À la lumière d'un numéro spécial de la revue *Alberta Law review*, Marie-Claire Belleau remarque que les auteures féministes canadiennes réfèrent principalement aux théoriciennes féministes américaines, canadiennes-anglaises et autres pays anglo-saxons ; peu d'entre elles s'appuient sur des sources québécoises ou françaises²⁹². Les féministes québécoises, quant à elles, auraient recours aux littératures à la fois américaines, anglo-canadiennes et européennes en raison de leur sentiment d'appartenance multiple²⁹³. Parmi l'ensemble de la littérature juridique, l'on discerne le recours à des définitions diverses de l'intersectionnalité, se déployant pour éclairer une multitude d'objets de recherche. Au départ de postulats différents, chaque étude accorde une importance unique à certains éléments issus de l'intersectionnalité et en ignore d'autres.

c. Quelles intersections ? Les groupes demeurant invisibles sous la lumière intersectionnelle

L'intersectionnalité étant principalement associée aux théories féministes, cette littérature offre une panoplie de textes étudiant le sexe et le genre en intersection avec d'autres catégories, notamment la race, le colonialisme, la culture et la religion.

Certains estiment qu'il est impossible pour un juriste de traiter d'une oppression sans discuter des autres formes de domination, même lorsque ces autres inégalités n'apparaissent pas à première vue. À titre d'exemple, Rakhi Ruparelia considère que le racisme et le colonialisme doivent être automatiquement théorisés dans la littérature juridique féministe²⁹⁴. En ignorant leur rôle dans le savoir juridique, elle soutient que les chercheuses féministes reproduisent et maintiennent ces oppressions en acceptant implicitement la norme selon laquelle les situations relatives aux femmes blanches ne soulèvent pas de questions quant au racisme, au colonialisme et autres dominations. L'intersectionnalité comme méthode de recherche étant ambiguë et insuffisamment développée, Rakhi Ruparelia soutient toutefois que certaines chercheuses peuvent ressentir de l'inconfort à intégrer adéquatement des analyses antiracistes ou

²⁹¹ Chappe, *supra* note 279 à la p 108.

²⁹² Belleau, *supra* note 283 à la p 442.

²⁹³ *Ibid* à la p 444.

²⁹⁴ Ruparelia, *supra* note 289 à la p 114.

anticolonialistes. Elles préfèrent alors mettre de côté ces questions. En outre, elle rappelle une autre critique inhérente à l'intersectionnalité : il n'est pas possible de déterminer combien et quelles intersections doivent être étudiées afin d'obtenir une analyse complète²⁹⁵. Dans le même ordre d'idée, Christian Poiret estime qu'une mobilisation radicale de l'intersectionnalité en droit pourrait mener à une individualisation totale des cas de discrimination, et conséquemment, rompre tout lien avec la logique sociale au cœur de l'analyse intersectionnelle²⁹⁶.

Emily Snyder s'est intéressée à l'intersectionnalité dans le cadre de l'analyse des lois en droit autochtone. Postulant que ce droit est fondé sur une neutralité de genre offrant conséquemment une perspective centrée sur l'homme autochtone, elle croit qu'il est essentiel de créer un cadre théorique qui révèle les aspects genrés autant que l'aspect colonial²⁹⁷. Elle présente ainsi un outil théorique d'analyse du droit qui est intersectionnel, multi judiciaire, anticolonisateur et antiessentialiste²⁹⁸. Elle présente l'intersectionnalité comme élément essentiel de sa théorie juridique féministe autochtone²⁹⁹. Elle considère que les chercheurs devraient « embrace this concept to better understand the oppression and exclusion, as well as the means of emporwement, that can occur through Indigenous laws »³⁰⁰. Elle se limite toutefois à indiquer qu'il est nécessaire d'analyser les questions de genre et de femmes autochtones simultanément, sans expliciter ce que constitue sa conception de l'intersectionnalité³⁰¹.

Quant à Rachel Chagnon, elle utilise l'intersectionnalité pour éclairer le débat entre liberté de religion et égalité des droits³⁰². Elle souhaite explorer la perspective des femmes pour lesquelles la mise en œuvre de ces droits entre en contradiction. Pour ce faire, elle étudie l'affaire *Bountiful*³⁰³ concernant une communauté mormone dissidente pratiquant la polygamie

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Poiret, *supra* note 195.

²⁹⁷ Snyder, *supra* note 282 à la p 366.

²⁹⁸ *Ibid* à la p 367.

²⁹⁹ *Ibid* à la p 391.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² Rachel Chagnon, « Constats sur la difficile intégration d'une analyse intersectionnelle en droit canadien: Le traitement de la polygamie dans l'affaire Bountiful » (2014) 26:2 Nouvelles pratiques sociales 187 à la p 188.

³⁰³ *In re : Section 293 of the Criminal Code of Canada*, 2011 BCSC 1588 .

notamment avec des mineures non consentantes. La décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique ne fait pas référence à la notion d'intersectionnalité. Elle explique son choix en admettant qu'elle aurait pu faire une démonstration de la capacité d'adaptation du droit pour constater les exclusions, les additionner et même les amalgamer pour créer de nouvelles catégories de personnes à protéger en choisissant une situation clairement intersectionnelle³⁰⁴. Elle estime toutefois que le « pragmatisme judiciaire » protège aisément les personnes les plus vulnérables lorsque le statut de victime est indéniable, mais le recours à l'approche intersectionnelle échoue dans les situations moins claires³⁰⁵. Cette décision lui offre une opportunité de démonstration de ce constat.

S'intéressant aux experts appelés à témoigner des impacts de la polygamie, elle en identifie trois qui présentent une méthodologie féministe à laquelle elle associe une perspective intersectionnelle³⁰⁶. Une seule des expertes identifiées dresse le portrait de la situation des femmes en union polygame : elle est également la seule dont la reconnaissance de l'expertise a été contestée³⁰⁷. Rachel Chagnon constate que le juge ne fait aucune distinction entre les femmes et les hommes pratiquant la polygamie criminelle³⁰⁸. Selon ce dernier, les femmes en général devraient être protégées des impacts négatifs liés à la polygamie, mais les femmes criminalisées pour de telles pratiques ne subissent pas d'atteinte³⁰⁹. Rachel Chagnon estime que cette cause constituait une opportunité d'adopter une approche intersectionnelle³¹⁰. Puisque le jugement ne saisit pas cette occasion, elle soutient que l'intersectionnalité n'est pas en mesure de faire une contribution significative au droit³¹¹. Selon elle, le concept de l'intersectionnalité ne permet pas d'assurer que les intérêts des groupes n'ayant pas un statut clair de victimes soient adéquatement

³⁰⁴ Chagnon, *supra* note 302 à la p 191.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ *Ibid* à la p 193.

³⁰⁷ *Ibid* à la p 194.

³⁰⁸ *Ibid* à la p 196.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ *Ibid* à la p 188.

représentés³¹². Elle considère que l'intersectionnalité ne peut intéresser les juristes s'il ne leur permet pas de défendre les intérêts des personnes qu'ils représentent³¹³.

La réflexion sur l'intersectionnalité fournit donc un certain apport pour éclairer des groupes marginalisés, parce qu'au croisement d'autres groupes opprimés. Néanmoins, ces différents apports se restreignent à contextualiser l'existence de certaines catégories en intersection, souvent le genre associé à une autre catégorie, correspondant aux objectifs et intérêts de la recherche ou du chercheur. Au final, elles ne peuvent éviter un certain essentialisme, puisqu'elles étudient des groupes dont les caractéristiques sont prédéterminées en arrière-plan. Il va sans dire que, par la nature de ces recherches, celles-ci sont parfois plus militantes en ce qu'elles visent activement à porter les revendications d'un groupe particulier. L'opérationnalisation d'une approche intersectionnelle pourrait également se heurter à certaines limites, notamment quant à l'impossibilité de conserver sa portée critique ou de restreindre le nombre d'intersections étudié de façon à satisfaire aux exigences mêmes du concept.

ii. *L'intersectionnalité comme concept opératoire pour élargir le potentiel de réception de l'effectivité sociale de la norme*

La conclusion de Rachel Chagnon quant à la contribution de l'intersectionnalité au droit n'interdit toutefois pas l'opportunité d'une mobilisation différente. Elle énonce d'ailleurs que l'approche intersectionnelle est « d'abord et avant tout un outil de juriste et vise à modifier les pratiques des tribunaux en matière de mise en œuvre des droits de la personne »³¹⁴. Selon elle, le défi du droit n'est pas nécessairement de combiner les discriminations, mais plutôt de « résoudre efficacement les conflits d'appartenance à différents groupes contradictoires »³¹⁵. En ce sens, l'apport de la littérature juridique sur l'intersectionnalité est-elle en mesure d'élargir la conception du droit, notamment en dépassant son utilisation comme outil critique du droit ?

³¹² *Ibid* à la p 198.

³¹³ *Ibid* à la p 198.

³¹⁴ *Ibid* à la p 189.

³¹⁵ *Ibid* à la p 190.

Certains auteurs constatent l'utilisation de termes liés à l'intersectionnalité « croisement », « chevauchement », « interpénétration », « se recoupent », mais reconnaissent le paradoxe entre le concept utilisé en droit et celui issu des autres disciplines³¹⁶. Les opinions de la juge l'Heureux-Dubé sont largement discutées dans la littérature parce que cette dernière a maintes fois reconnu le croisement ou le chevauchement de motifs de discrimination³¹⁷. Isabelle Boulanger nuance son analyse des commentaires de la juge l'Heureux-Dubé dans l'affaire *Mossop* :

« sa proposition de considérer l'un plutôt que l'autre des motifs de discrimination subis ne validait peut-être pas réellement l'approche « intersectionnelle » puisqu'elle en évacuait son essence, c'est-à-dire la reconnaissance de ce chevauchement de discriminations et l'impact sur la personne. »³¹⁸

La Commission des droits de la personne de l'Ontario a également soulevé le paradoxe entre la reconnaissance du chevauchement des motifs par la juge et sa conclusion reprenant l'approche traditionnelle axée sur un seul motif³¹⁹. Ils reconnaissent toutefois le rôle des opinions de la juge dans l'avancement de réflexions sur ce sujet dans la pratique judiciaire³²⁰.

Malgré l'absence d'une analyse plus exhaustive, Isabelle Boulanger conclut que « les tribunaux canadiens développent donc actuellement une véritable expertise en matière d'analyse intersectionnelle »³²¹. Quant à la Commission des droits de la personne de l'Ontario, elle considère que les décisions citées témoignent d'une volonté de la pratique judiciaire d'utiliser une approche intersectionnelle, sans y réussir véritablement dans plusieurs cas³²². Elle souligne

³¹⁶ Isabelle Boulanger, *Il est minuit cinq pour les femmes autochtones du Canada : vers une analyse intersectionnelle des discriminations de genre et de race*, Mémoire de maîtrise en droit international, Université du Québec à Montréal, 2010 à la p 28 et ss., en ligne : <<http://www.archipel.uqam.ca/3315/>> (consulté le 25 juin 2015).

³¹⁷ Commission ontarienne des droits de la personne, *supra* note 104 à la p 18; Boulanger, *supra* note 316 à la p 30; Chagnon, *supra* note 302 à la p 190.

³¹⁸ Boulanger, *supra* note 316 à la p 30.

³¹⁹ Commission ontarienne des droits de la personne, *supra* note 104 à la p 19.

³²⁰ Boulanger, *supra* note 316 à la p 30; Commission ontarienne des droits de la personne, *supra* note 104 à la p 19.

³²¹ Boulanger, *supra* note 316 à la p 36.

³²² Commission ontarienne des droits de la personne, *supra* note 104 à la p 25.

d'ailleurs le manque de constance dans la prise en compte des effets des motifs multiples dans l'analyse et dans la détermination de la réparation³²³.

Sirma Bilge et Olivier Roy, sociologues, proposent un regard sur la pratique judiciaire relative à l'égalité en utilisant l'intersectionnalité tel que construite par leur discipline pour observer la jurisprudence. Selon leur analyse, la jurisprudence canadienne reflète quatre approches de la discrimination : moniste, compartimentée, cumulative et holiste (intersectionnelle)³²⁴. Ils concluent que l'intégration de l'intersectionnalité dans la réflexion et la pratique judiciaire crée des paradoxes puisque, malgré la constatation d'une discrimination intersectionnelle, les tribunaux ne tiennent pas compte de ses effets dans l'octroi de la réparation. Ils affirment que ceci est :

« révélateur des difficultés de mettre en pratique une théorie sociologique comme l'intersectionnalité, qui repose sur une vision antiessentialiste des axes d'inégalité sociale et postule leur coconstitution et leur interaction. [Ce souci théorique] se trouve en tension permanente avec la tâche pragmatique de définir les motifs de discrimination (avec ses effets réificateurs) à laquelle les praticiens du droit sont confrontés. »³²⁵

Les deux sociologues estiment par ailleurs que la sociologie peut contribuer à une meilleure compréhension de cette tension :

« Le droit antidiscriminatoire doit procéder par une analyse contextuelle des cas en s'appuyant sur les motifs, compris comme des marqueurs d'inégalité et des effets de rapports de pouvoir, sans que ces motifs ne restreignent l'analyse par une définition objective préalable. »³²⁶

Dans le même ordre d'idée, Diane Pothier estime qu'il suffit d'enrichir et de complexifier l'analyse des motifs de discrimination pour atteindre cet objectif. Celle-ci accorde une importance indéniable aux motifs pour déterminer le contexte social et historique de la

³²³ *Ibid.*

³²⁴ Bilge et Roy, *supra* note 104 à la p 62.

³²⁵ *Ibid* à la p 71.

³²⁶ *Ibid* à la p 59.

discrimination³²⁷. Elle explique qu'il est essentiel de préconiser une compréhension approfondie des motifs, dont ceux aux intersections, pour rendre compte des expériences réelles.

Ces approches critiques nécessitent ainsi l'apport des autres disciplines, externes au droit. Leur regard critique sur le droit, et la conception juridique de la discrimination, se construit par le « savoir » autres disciplines³²⁸. Ils constatent alors un écart, voire même un paradoxe, entre l'outil intersectionnel de la sociologie et son utilisation en droit. Ils proposent ainsi des pistes de réflexion sur la façon d'utiliser l'un pour éclairer l'autre.

En somme, l'on ne peut conclure à un consensus des juristes quant à l'apport de l'intersectionnalité en tant qu'outil adéquat, mobilisable pour optimiser la réception de la « réalité » sociale dans la détermination du sens de la norme. Certes, les juristes ont pour prémisse que l'intersectionnalité permet de « rendre justice », de « mieux comprendre les oppressions », de mieux rendre compte de « l'expérience vécue ». En ce sens, l'intersectionnalité devient pertinente pour éclairer la détermination du sens d'une norme à exigence d'effectivité, telle que nous considérons la norme antidiscriminatoire prévue par la *Charte québécoise*. Néanmoins, certains estiment que sa portée critique, la nature et le nombre des intersections ainsi que sa nécessaire flexibilité constituent des limites à son opérationnalisation. D'autres prétendent que la pratique judiciaire est en mesure de l'adopter, notamment à titre d'approche interprétative, malgré les paradoxes de sa mobilisation actuelle. À notre avis, ce débat foisonnant dans la littérature juridique est signe que l'intersectionnalité est une approche pertinente pour éclairer l'exigence d'effectivité inhérente à la norme antidiscriminatoire si elle est mobilisée en tant qu'approche éclairant le droit et le réinvestissant de façon opératoire.

³²⁷ Dianne Pothier, « Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences » (2001) 13 CJWL 37 à la p 45.

³²⁸ Louise Lalonde, « L'interdisciplinarité comme "contextes", quels usages de l'Autre? », *supra* note 27.

III. PROBLÈME DE RECHERCHE

L'engagement du législateur envers l'effectivité dans l'adoption de normes protégeant les droits et libertés et la nature axiologique de ces normes nous a menée vers la construction d'une hypothèse : la norme antidiscriminatoire québécoise présente une exigence d'effectivité lui étant inhérente. Nous avons également constaté un écart qui subsiste entre la réception juridique de la discrimination et son effectivité sociale. Même si la détermination du sens juridique de la norme est de plus en plus contextualisée au regard des faits et des valeurs, elle ne permet toutefois pas la réalisation du plein potentiel de cette exigence d'effectivité.

Notre second constat est que l'intersectionnalité émerge dans la littérature, autant en droit que dans les autres disciplines « externes », comme approche visant à appréhender la « réalité » de la discrimination dans toute sa complexité. L'on voit en outre apparaître des traces du concept d'intersectionnalité dans les normes juridiques et politiques des organismes chargés de leur application ainsi que, plus timidement, dans la pratique judiciaire. Si les juristes présentent des analyses et conclusions différentes sur l'intersectionnalité en droit, ils présupposent tous que cette dernière constitue un outil pour mieux comprendre la « réalité » de la discrimination. La littérature ne discute toutefois pas de la façon dont l'approche intersectionnelle permettrait d'amplifier la prise en compte de l'effectivité sociale par le droit, et d'ainsi en élargir les conditions de réception aux fins de détermination de la signification juridique de la norme.

Conséquemment, l'on doit s'interroger à savoir comment l'intersectionnalité permettrait d'appréhender cette hypothèse de l'exigence d'effectivité inhérente à la norme antidiscriminatoire québécoise aux fins d'en optimiser la réalisation. Notre question de recherche se pose comme suit :

Comment l'approche intersectionnelle éclaire-t-elle l'exigence d'effectivité inhérente à la norme antidiscriminatoire québécoise ?

L'objectif de ce mémoire est donc de décrire et comprendre la littérature juridique et la pratique judiciaire quant à la détermination du sens de la norme antidiscriminatoire à la lumière d'une approche intersectionnelle. Cette analyse nous permettra de dépasser cette littérature pour

comprendre le potentiel de l'intersectionnalité comme approche questionnant les conditions de la réalisation de l'exigence d'effectivité inhérente à la norme antidiscriminatoire.

PARTIE II — CADRE THÉORIQUE ET MÉTHODOLOGIQUE : L'APPROCHE INTERSECTIONNELLE DE LA DISCRIMINATION

En première partie, nous avons situé notre problème de recherche. Cette seconde partie vise à élaborer le cadre théorique (I) et méthodologique (II) qui nous permettra d'y apporter une réponse.

I. LE CADRE THÉORIQUE : L'USAGE D'UNE APPROCHE INTERSECTIONNELLE COMME OUTIL D'ÉCLAIRAGE DU DROIT

Des origines de sa métaphore à ses diverses mobilisations dans des recherches issues d'une multitude de disciplines, l'intersectionnalité comme cadre d'analyse des discriminations offre une flexibilité indéniable. Sirma Bilge, professeure en sociologie à l'Université de Montréal, estime que l'intersectionnalité doit être considérée « comme un méta-principe devant être ajusté et complété en fonction des champs d'études et des visées de la recherche, et d'en accepter les mises en application plurielles »³²⁹. Dans le cadre de ce mémoire, nous référons à la définition d'intersectionnalité telle que présentée par la professeure Bilge :

« L'intersectionnalité renvoie à une théorie transdisciplinaire visant à appréhender la complexité des identités et des inégalités sociales par une *approche intégrée*. Elle réfute le cloisonnement et la hiérarchisation des grands axes de la différenciation sociale que sont les catégories de sexe/genre, classe, race, ethnicité, âge, handicap et orientation sexuelle. L'approche intersectionnelle va au-delà d'une simple reconnaissance de la multiplicité des systèmes d'oppression opérant à partir de ces catégories et postule leur interaction dans la production et la reproduction des inégalités sociales. »³³⁰

Notre approche est interdisciplinaire en ce que notre cadre théorique mobilise l'intersectionnalité tel que principalement conceptualisée par les théories sociologiques et féministes pour éclairer l'objet juridique qu'est l'exigence d'effectivité inhérente à la norme antidiscriminatoire. Louise Lalonde définit des degrés d'interdisciplinarité dans l'usage d'une autre discipline pour éclairer le droit par les notions de *contexte factuel* et de *contexte*

³²⁹ Bilge, *supra* note 207 à la p 85.

³³⁰ Sirma Bilge, « Théorisations féministes de l'intersectionnalité » (2010) 225:1 *Diogène* 70-88 à la p 70.

*théorique*³³¹. Notre étude de la littérature des juristes sur l'intersectionnalité nous a permis de déceler que certains juristes mobilisent l'intersectionnalité comme *contexte factuel* :

l'usage du contexte factuel que nous démontrerons a justement cette propriété de ne pas faire entrer l'Autre [le savoir externe à la discipline juridique, l'autre discipline] dans la construction de l'objet droit, mais simplement, de justifier l'objet droit tel que représenté par les juristes. L'usage du contexte factuel demeure alors, en quelque sorte, dans une ontologie positiviste du droit, puisque le contexte factuel ne construit pas l'objet.³³²

Il s'agit d'un premier degré d'interdisciplinarité permettant de justifier un problème de recherche, qui se construit tout de même dans la discipline juridique. Ces juristes utilisent les données factuelles construites à partir de l'intersectionnalité pour constater des limites du droit, et parfois, pour justifier leur prise de position plus militante³³³.

D'autres juristes se servent de l'intersectionnalité comme *contexte théorique* :

Cet usage pourrait se matérialiser par le recours à un concept construit par l'Autre, à un paradigme ce qui est plus vertigineux, et il prend bien soin de ne pas prétendre endosser toute la discipline. Cette part de l'Autre, de fragments de son savoir, voilà à quoi réfère l'idée de contexte théorique, si et seulement si, ce savoir est construit et articulé comme cadre théorique du projet de recherche. Une donnée non factuelle, une donnée conceptuelle, qui essentiellement lui offrira un regard qui n'est pas le sien sur son objet, tel qu'il se le représente, d'où l'importance de la reconnaissance de ses propres représentations afin de ne pas mêler les regards. L'idée maîtresse est celle du regard de l'Autre qui transforme son propre objet et modifie son regard disciplinaire. Le contexte théorique de l'Autre permet de poser de nouvelles questions, de situer autrement son objet, de le (re)découvrir sous un autre angle, une autre lumière.³³⁴

Louise Lalonde définit deux niveaux de recours à l'autre comme *contexte théorique*. La première est par une perspective de « distanciation par éloignement », par exemple l'éclairage du droit par les théories critiques³³⁵. Ces approches ne cherchent pas à résoudre les problèmes, mais plutôt à

³³¹ Lalonde, *supra* note 27.

³³² *Ibid* à la p 17.

³³³ *Ibid* à la p 20.

³³⁴ *Ibid* à la p 24.

³³⁵ *Ibid* à la p 20.

les « dénoncer et à démontrer qu'ils sont porteurs d'une idéologie de domination, ou de pouvoir »³³⁶. Certains juristes utilisent l'intersectionnalité dans cette perspective d'éloignement de l'objet pour l'éclairer.

Un deuxième exemple est celui de la « distanciation par le grossissement de l'objet »³³⁷. Il s'agit de l'approche que nous mobilisons dans le cadre de ce mémoire. Nous construisons ainsi un cadre théorique à partir des éléments les plus pertinents reconnus dans les théorisations de l'intersectionnalité afin de les utiliser comme éclairage « de distanciation par grossissement » de notre objet juridique, soit la signification de la discrimination dans le droit. Cette perspective réflexive vise à mobiliser l'intersectionnalité pour éclairer la conception juridique de la discrimination et son écart avec la conception intersectionnelle, et, ensuite, pour réinvestir le droit aux fins d'élargissement des conditions de détermination du sens de la norme antidiscriminatoire. De cette façon, notre cadre théorique nous permet de questionner les conditions de la réception de la « réalité » sociale aux fins d'optimisation de l'exigence d'effectivité.

Par conséquent, notre cadre théorique est double puisque nous mobilisons nécessairement un second cadre théorique qui, lui, est interne au droit. En l'espèce, il s'agit du cadre juridique des théories de l'interprétation pour comprendre la détermination du sens de la norme. Il n'est toutefois pas nécessaire d'explicitier ce cadre implicite puisque l'ensemble de notre analyse s'attache à dévoiler les mécanismes juridiques de détermination du sens de la norme.

Le cadre intersectionnel, utilisé comme éclairage du droit, mérite toutefois d'être présenté. En première partie, nous souhaitons justifier notre choix d'un cadre théorique en deux niveaux d'analyse, tel que présenté par plusieurs théorisations de l'intersectionnalité, de façon explicite ou implicite (A). En seconde partie, nous définirons les éléments fondamentaux d'une analyse intersectionnelle (B).

³³⁶ *Ibid* à la p 27.

³³⁷ *Ibid* à la p 29.

A. La justification du cadre intersectionnel en deux niveaux d'analyse

Plusieurs auteurs considèrent que le cadre d'analyse intersectionnel doit se déployer sur deux niveaux : macrosociologique et microsociologique³³⁸. Le niveau microsocial reflète les effets sur les vies individuelles de la configuration unique des axes d'inégalités³³⁹. Le niveau macro social réfère à la façon dont les systèmes de pouvoir produisent, organisent et maintiennent les inégalités³⁴⁰. À titre d'exemple, Patricia H. Collins désigne par intersectionnalité le niveau microsocial et par « matrice de la domination » l'organisation macrosociale³⁴¹ :

« The notion of interlocking oppressions refers to macro level connections linking systems of oppression such as race, class, and gender. This is the model describing the social structures that create social positions. Second, the notion of intersectionality describes micro-level processes – namely, how each individual and group occupies a social position within interlocking structures of oppression described by the metaphor of intersectionality. Together they shape oppression. »³⁴²

Nira Yuval-Davis, dans un texte publié avec Floya Anthias, critique le modèle d'intersectionnalité « additif » qui se concentre sur un seul niveau d'analyse : l'expérience liée aux identités multiples³⁴³. Selon elles, les axes de pouvoir social relèvent du niveau d'analyse macro. Chaque niveau d'analyse a ainsi une production et des effets qui leur sont propres, sur le plan matériel et symbolique³⁴⁴. À cet effet, Christian Poiret soumet que :

« Bien que le terme d'intersectionnalité soit de loin le plus usité, d'autres universitaires ont proposé des concepts apparentés (co-synthèse, interconnectivité, multidimensionnalité, identité multiplicative). Le postulat de départ de ces approches que les différentes formes de domination ne sont pas séparées et additionnelles, mais qu'au contraire elles sont interactives dans leurs processus comme dans leurs effets. »³⁴⁵

³³⁸ Bilge, *supra* note 207 à la p 73.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ *Ibid.*; Bürkner, *supra* note 230 à la p 184.

³⁴¹ Bilge, *supra* note 207 à la p 73; Carastathis, *supra* note 213 à la p 307.

³⁴² Carastathis, *supra* note 213 à la p 310 citant Patricia Hill Collins, « Symposium on West and Fernmaker's Doing Differences », (1994) 9.4 Gender and society 491.

³⁴³ Yuval-Davis, *supra* note 223 à la p 197.

³⁴⁴ *Ibid.* à la p 198.

³⁴⁵ Poiret, *supra* note 195 à la p 9.

L'analyse en deux niveaux permet de répondre aux critiques soulevant que certaines études accordent trop d'emphasis à l'un ou l'autre des aspects de l'intersectionnalité (par exemple, les catégories versus les dynamiques sociales), et d'ainsi assurer une vue d'ensemble de tous les éléments d'une approche intersectionnelle. Par ailleurs, cette analyse en deux niveaux se prête bien à l'analyse de la norme antidiscriminatoire québécoise dont l'effectivité se réalise sur deux plans, soit la protection de la dignité de la personne et la suppression des discriminations au sein de la société.

B. Les éléments du cadre théorique intersectionnel

Afin de construire notre cadre théorique, nous avons choisi des éléments issus des nombreuses théorisations de l'intersectionnalité qui nous apparaissant essentiels à une logique intersectionnelle de la discrimination. Nous ne prétendons pas faire une étude exhaustive des théories déployées dans l'ensemble des disciplines. Bien que d'autres éléments auraient pu être explicités, ou que ceux-ci aient pu l'être différemment, nous nous restreignons aux éléments qui nous semblent les plus adéquats et pertinents aux fins de notre recherche, et ce, sans porter de jugement sur l'opportunité de sélectionner d'autres éléments dans le cadre d'une recherche différente. Notre cadre d'analyse ne peut ainsi être considéré comme une grille intersectionnelle complète, il s'agit seulement d'indices pertinents pouvant révéler des facteurs de détermination du sens de l'égalité que nous avons choisi de regrouper selon les deux niveaux d'analyses démontrés.

D'emblée, nous soulignons quatre caractéristiques générales pouvant être dégagées du concept d'intersectionnalité : la simultanéité, la complexité, l'irréductibilité et l'inclusion³⁴⁶. Ces caractéristiques sous-tendent les éléments du cadre d'analyse intersectionnel. Ils seront pertinents à chaque étape de notre étude des éléments d'une approche intersectionnelle, autant au niveau macrosocial (*i*) que microsocial (*ii*).

³⁴⁶ Carastathis, *supra* note 213 à la p 307.

i. *Les axes d'organisation sociale en intersection : Comprendre les dynamiques sociales des systèmes d'oppression*

La perspective macrosociale d'une approche intersectionnelle vise à rendre compte des dynamiques sociales des systèmes d'oppressions. Il s'agit de prendre une distance pour comprendre le phénomène de la discrimination dans son ensemble, de façon à voir comment tous les axes d'organisation sociale interagissent pour produire, maintenir et reproduire des systèmes d'oppression qui expliqueront, au niveau micro, des actes et politiques discernables de discrimination dans diverses sphères de la société. Les axes d'organisation sociale des systèmes d'oppressions dévoilent par conséquent que certains groupes opprimés dans la société sont invisibilisés parce qu'ils ne correspondent pas aux groupes sociaux identifiés comme pouvant être discriminés (a). En outre, les groupes, oppresseurs et opprimés ne doivent pas être considérés comme des catégories statiques et homogènes, puisque l'intersectionnalité cherche à appréhender des axes qui se coconstruisent de façon simultanée (b).

a. Du recours aux motifs de discrimination pour l'identification des groupes opprimés

L'association d'un groupe à un motif de discrimination est au cœur des théories relatives à l'intersectionnalité. Alors que certains rejettent cette essentialisation par les motifs, d'autres prétendent qu'ils peuvent être pertinents, voire incontournables, à une analyse intersectionnelle.

Plusieurs auteurs soulignent que les motifs de discrimination sont des créations juridiques, issues elles-mêmes de construits sociaux que sont les groupes auxquels ils se rattachent³⁴⁷. Les motifs reconnus sont considérés comme neutres et permanents, idée renforcée par le fait que ceux qui apparaissent dans divers instruments normatifs proposent des motifs similaires³⁴⁸. Selon Nitya Iyer (Duclos), le geste de catégorisation découlant du choix des motifs énumérés par le législateur illustre une conception dominante des caractéristiques sociales pertinentes à la

³⁴⁷ Daniel Ducharme et Paul Eid, *La notion de race dans les sciences et l'imaginaire raciste : la rupture est-elle consommée?*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2005 à la p 7, en ligne : <http://www.cdpedj.qc.ca/publications/race_science_imaginaire_raciste.pdf>.

³⁴⁸ Iyer, *supra* note 280 à la p 187.

discrimination³⁴⁹. En ce sens, la catégorisation révèle le « sens commun » d'une société où même les membres de groupes marginalisés sont socialisés avec cette conception de la discrimination dans laquelle certaines caractéristiques méritent protection et d'autres non³⁵⁰. La détermination du groupe historiquement désavantagé par les tribunaux traduit également l'idéologie dominante³⁵¹.

Nitya Iyer explique que la norme implicite n'est pas neutre, mais reflète la perspective dominante : le motif de sexe n'est pas « homme », mais « femme », l'orientation sexuelle n'est pas « hétérosexuelle », mais « homosexuelle » et ainsi de suite³⁵².

« The categorizer in anti-discrimination law has a particular social identity shared, in varying degrees, by members of the dominant group in Canadian society. This social identity is historically and geographically specific. While characteristics of the dominant social identity are largely congruent with those of the dominant social group, the latter is not exhaustive of the former. The dominant social identity is embedded in the basic social structures so that it remains white and male and heterosexual even though not all members of the dominant group possess all of these characteristics. This ensures that the dominant social identity can resist change. »³⁵³

Malgré la logique somme toute binaire des motifs de discrimination, ceux-ci révèlent une certaine asymétrie. En ce sens, n'est pas victime de discrimination celui qui domine la catégorie, puisqu'il ne souffre pas du désavantage. Néanmoins, une approche intersectionnelle peut permettre de cerner ces groupes vivant avec des combinaisons particulières de privilèges et d'oppressions³⁵⁴; les gestes discriminatoires pouvant résulter d'un groupe privilégié dans certaines relations et opprimés dans des relations distinctes.

Afin de pouvoir dépasser cette conception traditionnelle des groupes vulnérables, il devient essentiel de comprendre l'arrière-plan de la catégorisation des individus aux axes d'organisation sociale. L'intersectionnalité permet donc de dévoiler l'arrière-plan de la détermination des

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ *Ibid* à la p 189.

³⁵² *Ibid* à la p 191.

³⁵³ *Ibid* à la p 186.

³⁵⁴ Yuval-Davis, *supra* note 223 à la p 201; Collins, *supra* note 249 à la p 454.

groupes socialement vulnérables, pouvant être victime de discrimination en vertu de la norme antidiscriminatoire.

b. Vers une simultanéité des dynamiques sociales

En recourant à des catégorisations statiques pour identifier les oppresseurs et opprimés, les conceptions de la discrimination nient les axes d'organisation sociale créant, maintenant et reproduisant ces systèmes d'oppression. L'intersectionnalité permet de discerner ces axes en étudiant les dynamiques sociales et leurs interactions.

Selon Nira Yuval-Davis et Floya Anthias, les divisions sociales (race, classe, ethnicité...) ont des formes organisationnelle, intersubjective, expérientielle et représentationnelle, chaque forme ayant un effet sur la façon de théoriser les liens entre les niveaux³⁵⁵. Elles peuvent être décrites de la façon suivante :

« *organisationnel*, qui renvoie aux institutions et organisations sociales, politiques et économiques ; *intersubjectif*, qui désigne les relations de pouvoir et d'affect entre acteurs concrets dans des situations informelles ou institutionnelles ; *expérientiel*, qui capte l'expérience subjective des individus, la perception qu'ils ont d'eux-mêmes et leurs attitudes face aux autres ; et *représentationnel*, qui renvoie au niveau des représentations culturelles des divisions sociales ayant cours dans la société. »³⁵⁶

Elles précisent que même si les divisions sociales partagent certaines similarités et se coconstruisent, elles ne sont pas réductibles l'une à l'autre³⁵⁷. Par exemple, même si un groupe ayant une certaine position sociale sur un axe déterminé se retrouve souvent à un lieu spécifique sur un autre axe social, l'on ne peut en conclure à une généralisation en toute situation³⁵⁸.

Par ailleurs, elles proposent que chaque division a une base ontologique autonome, priorisant certaines sphères des relations sociales³⁵⁹. Ainsi, chaque catégorie de relations sociales est issue d'un système d'oppression particulier, chacun de ces derniers interagissant avec les

³⁵⁵ Yuval-Davis, *supra* note 223 à la p 198.

³⁵⁶ Bilge, *supra* note 207 à la p 80.

³⁵⁷ Yuval-Davis, *supra* note 223 à la p 200.

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ *Ibid* à la p 201.

autres. L'analyse intersectionnelle peut s'intéresser aux dynamiques spécifiques à chaque division sociale, en étudiant autant ceux qui sont avantagés que désavantagés³⁶⁰. Néanmoins, Sylvia Walby critique la faiblesse théorique d'une telle approche pour laquelle les catégories ou axes d'inégalités se constituent mutuellement tout en possédant des bases ontologiques distinctes et irréductibles³⁶¹.

Dans le même ordre d'idées, Patricia H. Collins s'intéresse à la façon dont le pouvoir est organisé dans la société, selon ce qu'elle nomme la « matrice de domination »³⁶². Chaque matrice est une organisation particulière de systèmes d'oppression en interaction sous quatre domaines de pouvoir : structurel, disciplinaire, hégémonique et interpersonnel³⁶³. Le domaine structurel révèle comment l'organisation des institutions maintient, renforce et reproduit les intersections d'oppressions³⁶⁴. Le pouvoir disciplinaire est le domaine qui gère les relations de pouvoirs au sein des structures et fonctionnements des organisations et institutions³⁶⁵. Le pouvoir hégémonique relève du domaine justifiant l'oppression issue des pouvoirs structurel et disciplinaire³⁶⁶. À cet effet, Patricia H. Collins estime que pour « maintenir leur pouvoir, les groupes dominants doivent entretenir un sens commun, une logique de “bon sens” ou une idéologie qui vient légitimer leur droit de régner »³⁶⁷. Le domaine du pouvoir interpersonnel s'intéresse aux relations entre personnes ; il s'agit ainsi des gestes discriminatoires, actions et attitudes s'inscrivant dans les rapports d'inégalités³⁶⁸. Les individus et les groupes sont positionnés de façon différente sur cette matrice de domination : cette position influence la façon dont ils vivent l'expérience sociale et sa « réalité » matérielle³⁶⁹. En outre, elle considère que

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ Sylvia Walby, « Complexity Theory, Systems Theory, and Multiple Intersecting Social Inequalities » (2007) 37:4 *Philosophy of the Social Sciences* 449–470 à la p 453; Bilge, *supra* note 207 à la p 79.

³⁶² Collins, *supra* note 249 à la p 454.

³⁶³ Harper, *supra* note 206 à la p 7.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ Tel que traduit dans *Ibid* à la p 8.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ Collins, *supra* note 249 à la p 454.

ceux-ci peuvent expérimenter simultanément des privilèges et des désavantages³⁷⁰, ce qui constitue un champ d'études large en matière de relations de pouvoir.

Joanne Conaghan estime que chaque système d'inégalité est en intersection avec les autres :

« All inequalities are intersectional; moreover they must be understood in relation to dynamic processes of social ordering, both at the “local” and the “global” level. Such an approach requires retention of a focus on the specificity of inequality experiences but within a framework which endeavours to relate and connect those experiences to multiply interlocking ordering processes. »³⁷¹

Elle constate que les catégories prennent alors une signification pertinente parce qu'elles dévoilent les formes d'organisation qui se trouvent communément au cœur des institutions³⁷².

L'approche intersectionnelle permet donc d'appréhender l'ensemble des interactions entre les systèmes d'oppressions, axes d'organisation sociale ou structures de relations sociales. D'une part, elle dévoile les arrière-plans des déterminations des groupes sociaux pouvant être considérés ou non comme subissant des discriminations. D'autre part, elle permet de comprendre les relations sociales dans lesquelles s'inscrivent les actes, gestes ou politiques discriminatoires, révélant ainsi les complexités des rapports privés discriminatoires entre individus.

ii. *La position des individus et groupes aux intersections : Comprendre les caractéristiques identitaires des victimes et oppresseurs*

Le niveau microsocial de l'intersectionnalité permet de situer les individus et les groupes aux intersections des divers axes d'organisation sociale. Il s'agit de cerner la perspective des individus ou groupes victimes, et même des groupes privilégiés ou oppresseurs. En saisissant la complexité de l'expérience vécue, dans la caractérisation des victimes (a) ainsi que la compréhension des facteurs et caractéristiques identitaires (b), l'approche intersectionnelle situe

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ Joanne Conaghan, « Intersectionality and the feminist project in law » dans Emily Grabham, dir, *Intersectionality and beyond: law, power and the politics of location*, coll Social justice, Abingdon, Oxon, Routledge-Cavendish, 2009 à la p 42.

³⁷² *Ibid.*

le rapport de discrimination au niveau microsocial, à l'intérieur d'un ensemble macrosocial d'axes d'organisation.

a. La caractérisation des victimes : rejet de l'essentialisme

Le premier facteur d'analyse microsocial correspond à la caractérisation de l'individu ou du groupe. Ce facteur est fortement lié à l'identification de catégories de groupes « discriminables » et à l'identification normative des motifs reconnus de discrimination. Au niveau microsocial, il est opportun de s'intéresser à la caractérisation objective de l'individu ou du groupe ayant vécu une expérience subjective pour le positionner au cœur de ces dynamiques sociales. En ce sens, il s'agit de situer les victimes, et parfois les oppresseurs, aux intersections en les associant aux groupes qui, au niveau macrosocial, sont identifiables.

L'attribution d'une caractéristique immuable et intrinsèque à l'individu, de laquelle est issue la discrimination, est l'une des critiques générales de l'approche intersectionnelle à l'égard de la signification de la discrimination³⁷³. Par exemple, la conception juridique de la discrimination nécessite d'objectiver l'expérience subjective en l'associant à une identité fixe et neutre qu'elle est en mesure de reconnaître³⁷⁴. L'expérience serait alors déduite de la caractérisation de l'identité personnelle des victimes parce que les catégories sont présumées homogènes ; toute personne partageant les mêmes caractéristiques est présumée victime de la même discrimination-type³⁷⁵.

La catégorisation implique nécessairement que les membres du groupe soient similaires selon des caractéristiques considérées pertinentes et, parallèlement, qu'ils soient collectivement différents des membres hors de la catégorie³⁷⁶. Le fait de catégoriser une personne exige de supprimer les différences avec les autres membres et de mettre l'emphasis sur les similarités au sein de la catégorie³⁷⁷. Par ailleurs, cela amplifie les différences entre le groupe et les autres à

³⁷³ Bilge et Roy, *supra* note 104 à la p 58.

³⁷⁴ *Ibid* à la p 57.

³⁷⁵ *Ibid* à la p 58; Harper, *supra* note 206 à la p 1; Sarah Hannett, « Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination » (2003) 23:1 Oxford Journal of Legal Studies 65-86 à la p 69.

³⁷⁶ Iyer, *supra* note 280 à la p 183.

³⁷⁷ *Ibid*.

l'extérieur du groupe, anéantissant ainsi toute similarité partagée avec des personnes extérieures³⁷⁸. À cet effet, Nira Yuval Davis et Floya Anthias soutiennent que chacune de ces catégories est construite sur une base ontologique à laquelle la victime doit correspondre :

« Such narratives often reflect hegemonic discourses of identity politics that render invisible experiences of the more marginal members of that specific social category and construct an homogenized “right way” to be its member. Ironically, this was exactly the reason black women and members of other marginalized groupings felt the need for what is known today as an intersectional analysis, except that in such identity politics constructions of intersectionality. »³⁷⁹

Cet élément de l'approche intersectionnelle vise à éviter le réductionnisme et l'essentialisme des identités³⁸⁰.

En somme, la discrimination est perçue comme résultant d'une caractéristique inhérente à la personne alors qu'elle devrait être considérée comme un produit des rapports sociaux³⁸¹. La mention d'un trait immuable à la personne maintient cette conception que le motif constitue une caractéristique intrinsèque de son identité personnelle, inévitable et neutre, niant ainsi l'aspect relationnel, historiquement et géographiquement variable et reflétant des schèmes particuliers d'organisation sociale³⁸².

b. Hiérarchisation des facteurs discriminatoires et exclusion mutuelle des caractéristiques : unidimensionnalité versus intersectionnalité

Alors que la conception traditionnelle ne refléterait pas la complexité de l'expérience vécue³⁸³, l'approche intersectionnelle permettrait de révéler la combinaison spécifique des caractéristiques³⁸⁴. Le deuxième élément est celui de prise en compte des combinaisons particulières de facteurs discriminatoires liés à l'expérience personnelle de discrimination.

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ Yuval-Davis, *supra* note 223 à la p 195.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ Bilge et Roy, *supra* note 104 à la p 58.

³⁸² Iyer, *supra* note 280 à la p 189.

³⁸³ Sheppard, *supra* note 195 à la p 2.

³⁸⁴ Lori Wilkinson, « Six nouvelles tendances de la recherche sur le racisme et l'inégalité au Canada » 39 Cahiers de recherche sociologique 109-140 à la p 116.

L'approche intersectionnelle du droit antidiscriminatoire appelle donc à tenir compte de l'ensemble des facteurs sans les hiérarchiser, mais en analysant leurs effets spécifiques et simultanés sur l'expérience et l'identité³⁸⁵.

D'une part, certains gestes discriminatoires sont fondés sur plusieurs caractéristiques identitaires. Les auteurs insistent sur le fait qu'il n'est pas suffisant de considérer les motifs un après l'autre, de façon compartimentée, ou de les ajouter l'un à l'autre³⁸⁶. Les auteurs rejettent aussi le recours à un groupe de comparaison, inadéquat lorsque l'on considère que les motifs sont imbriqués et inséparables³⁸⁷. D'autre part, le geste discriminatoire peut être fondé sur un motif de discrimination jumelé à des facteurs non reconnus comme motifs. Il importe alors de s'intéresser à l'expérience vécue de la victime dans son ensemble, en faisant abstraction des catégories acceptées et en évitant de choisir les caractéristiques les plus stratégiques ou aisément percevables.

Le cadre théorique élaboré à partir des principales théorisations de l'intersectionnalité nous permettra d'éclairer la réalisation de l'exigence d'effectivité qui nous apparaît comme inhérente à la norme antidiscriminatoire. Quatre éléments d'arrière-plan de ce cadre théorique sont fondamentaux à toute approche intersectionnelle : la simultanéité, l'inclusion, la complexité et l'irréductibilité. Rappelons que nous avons justifié l'utilisation d'un cadre en deux niveaux d'analyse afin d'assurer la compréhension la plus globale possible des éléments de l'approche intersectionnelle, mais également parce que les objets de la norme antidiscriminatoire québécoise se révèlent sous deux aspects correspondants à ces niveaux d'analyse.

II. MÉTHODOLOGIE DE LA RECHERCHE

Afin de poursuivre l'objectif de notre mémoire, nous avons élaboré un cadre théorique nous permettant d'éclairer l'exigence d'effectivité inhérente à la norme antidiscriminatoire. Notre recherche vise ainsi à dévoiler les implicites et présumées dans la détermination du sens de la

³⁸⁵ Conaghan, *supra* note 371 à la p 42.

³⁸⁶ Commission ontarienne des droits de la personne, *supra* note 104 à la p 7.

³⁸⁷ Juliette Roux, « L'égalité entre (toutes) les femmes et les hommes. Les mutations du droit vers la protection contre les discriminations multiples et intersectionnelles » (2015) 7 La Revue des droits de l'homme au para 42, en ligne : La Revue des droits de l'homme <revdh.revues.org/1116>.

norme antidiscriminatoire québécoise, pour comprendre les limites à la pleine réalisation de l'exigence d'effectivité, et ensuite, chercher à dépasser cette signification en discernant les conditions d'élargissement de la réception de l'effectivité sociale pour la pleine réalisation de cette exigence. Par conséquent, notre étude est une recherche documentaire et théorique, notre corpus de données étant constitué par la littérature juridique, la jurisprudence et, dans une certaine mesure, la documentation des organismes et tribunaux.

Une partie de cette littérature traite de la signification juridique de l'égalité, souvent de façon interdisciplinaire en intégrant des éléments sociologiques, politiques, éthiques et philosophiques. Une autre partie de la littérature étudie la pratique judiciaire en déconstruisant le processus de détermination de la signification juridique de la norme antidiscriminatoire. Bien que cette littérature juridique traite peu de la spécificité de la norme antidiscriminatoire québécoise, nous estimons que celle-ci constitue un objet d'étude opportun pour traiter de l'intersectionnalité de la discrimination.

Rappelons que la *Charte québécoise* vise les cas de discriminations dans les rapports privés, dans une multitude de sphères de la vie. Puisque l'intersectionnalité met en lumière les rapports et relations entre les individus ou les groupes, entre oppresseurs et opprimés, la *Charte québécoise* nous apparaît comme un objet d'analyse propice. En effet, la *Charte canadienne* étant restreinte aux rapports des individus avec l'État, elle limite la mobilisation de l'intersectionnalité comme critique du droit et des politiques étatiques. Nous considérons que l'intersectionnalité offre d'autres éléments d'analyse moins explorés par la littérature, notamment les rapports entre groupes privilégiés et marginalisés au quotidien, symptôme de l'existence de discriminations souvent invisibilisées dans la «réalité sociale». En ce sens, les déplacements judiciaires canadiens vers l'intersectionnalité se sont justement faits dans le cadre de la législation contre les discriminations dans les rapports privés. Il semble ainsi que la pratique judiciaire tend à s'ouvrir vers une approche intersectionnelle dans le cadre de discriminations privées, alors que la littérature juridique traite principalement de la norme d'égalité au sens de la *Charte canadienne*.

La *Charte québécoise* est également ancrée dans un contexte macrosocial pertinent à une analyse intersectionnelle en ce qu'elle se fonde sur des valeurs de solidarité et de collectivité qui lui sont particulières et qui sous-tendent son objet de suppression des discriminations dans la société. La spécificité de la *Charte québécoise* permet ainsi une étude de l'interaction entre les deux niveaux de l'intersectionnalité.

Quant à la jurisprudence, notre corpus d'analyse est celui des jugements du TDPQ dans une majorité des cas puisqu'il est le tribunal spécialisé en matière de discrimination. Nous utiliserons également les décisions en appel devant la Cour d'appel du Québec et la Cour suprême du Canada portant sur l'article 10 de la *Charte québécoise*. La jurisprudence des autres provinces canadiennes ou portant sur la *Charte canadienne* nous sera utile afin de soumettre des exemples de possibles déplacements pour un élargissement dans la détermination du sens de la norme québécoise.

Finalement, afin de dresser un portrait de la « réalité » de la discrimination, nous nous intéresserons à la façon dont les tribunaux présentent les éléments factuels et les témoignages de faits. Nous avons également choisi d'utiliser les bilans d'activités du TDPQ et rapports publiés par la CDPDJ pour connaître la nature des plaintes et des situations discriminatoires existantes dans le « réel »³⁸⁸. Nous sommes ainsi tributaires de la façon dont les données sont présentées dans cette documentation. Nous considérons toutefois que l'accès à des données plus précises n'est pas nécessaire dans le cadre de l'exercice de notre analyse, puisqu'il s'agit plutôt de dresser un portrait global d'une « réalité » de la discrimination et non une étude sociologique exhaustive.

Ce corpus de documentation nous permettra en troisième partie d'analyser la norme antidiscriminatoire à la lumière de notre cadre théorique issu de l'intersectionnalité et du potentiel d'élargissement de la réception de la « réalité » sociale.

³⁸⁸ Voir Annexe I, Annexe II et Annexe III.

PARTIE III – L’EXIGENCE D’EFFECTIVITÉ À LA LUMIÈRE DE L’APPROCHE INTERSECTIONNELLE : LES CONDITIONS DE L’ÉLARGISSEMENT DE LA RÉCEPTION DE LA « RÉALITÉ » SOCIALE PAR LE DROIT ANTIDISCRIMINATOIRE QUÉBÉCOIS

L’exigence d’effectivité inhérente à la norme antidiscriminatoire doit s’étudier à la lumière des objets sous-tendant la *Charte québécoise*, soit le respect de la dignité et la suppression des discriminations³⁸⁹. Alors que le respect de la dignité s’attache surtout à la victime de discrimination, la suppression des discriminations vise à contrer les systèmes d’oppressions dans une perspective plus collective. En ce sens, l’analyse de la norme québécoise peut se faire sous deux aspects liés à la réalisation des objets, au même titre qu’une approche intersectionnelle. D’une part, la détermination du sens de la norme par la prise en compte de la « réalité » sociale est élargie par une approche intersectionnelle contextualisant les dynamiques d’oppressions sociales dans une perspective de lutte contre la discrimination (I). D’autre part, la considération de l’expérience vécue intersectionnelle, autant dans la détermination de l’acte de discrimination qu’au regard du préjudice subi, constitue une condition de reconnaissance de la dignité (II).

I. L’ÉLARGISSEMENT DE LA RÉCEPTION JURIDIQUE DU CONTEXTE SOCIAL VERS LA SUPPRESSION DES DISCRIMINATIONS

Les approches interprétatives de la *Charte québécoise* s’inscrivent généralement dans une prise en compte du contexte de faits ou de valeurs correspondant à la « réalité » sociale. Une approche intersectionnelle serait mobilisable pour élargir la réception en droit de ce contexte et d’ainsi amplifier la réalisation de l’exigence d’effectivité. Un premier élargissement est celui de la réception juridique des rapports sociaux, réalisable par une contextualisation intersectionnelle des dynamiques d’oppression (A). Un second élargissement réside dans l’action sur le « réel » par la détermination du sens de la norme dans une perspective de régulation sociale vers la promotion de l’égalité (B).

³⁸⁹ Voir infra Partie I (I)(B)(i) relative à la réalisation des objets de la *Charte québécoise*; Voir également *Ville de Montréal et Ville de Boisbriand*, *supra* note 84 à la p 685.

A. La contextualisation intersectionnelle des dynamiques d'oppression

Le niveau macrosocial de l'intersectionnalité vise à déconstruire les dynamiques d'oppression et l'interaction entre ces systèmes. Une prise en compte de cette analyse nous apparaît comme une façon de prendre en compte les rapports sociaux dans la détermination du sens de la norme antidiscriminatoire dans une perspective de lutte contre les discriminations. L'intersectionnalité sollicite le rejet de l'essentialisme dans l'identification juridique des groupes sociaux interagissant au sein des systèmes (i), ce qui permet d'appréhender la discrimination au regard des dynamiques sociales d'oppression. À cet effet, la *Charte québécoise* offre certains points d'ancrage pour amplifier cette réception (ii).

i. Le rejet de l'essentialisme dans l'identification juridique des groupes sociaux

L'on qualifie d'essentialiste une théorie qui prétend identifier une classe identitaire abstraite, universelle et transhistorique³⁹⁰. L'association d'un groupe social à une catégorie juridique de discrimination soulève conséquemment des critiques relatives à l'essentialisme. Ce constat d'essentialisme s'effectue particulièrement lors de l'identification et la qualification des groupes à protéger par la norme antidiscriminatoire (a). L'intersectionnalité vise à rejeter cet essentialisme dans la détermination juridique des groupes sociaux en déconstruisant les catégories juridiques dont sont issus les motifs (b).

a. L'identification essentialiste des groupes sociaux «protégeables» en vertu de la norme antidiscriminatoire québécoise

Nous avons déjà soulevé que le libellé de la *Charte québécoise* consacre le droit à l'égalité, par l'énonciation d'une norme antidiscriminatoire, c'est-à-dire l'interdiction de discrimination³⁹¹.

³⁹⁰ Elizabeth Anderson, « Feminist Epistemology and Philosophy of Science » dans Edward N Zalta, dir, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015, en ligne : The Stanford Encyclopedia of Philosophy <<http://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=feminism-epistemology>>; Jody Freeman, « Defining Family in *Mossop v. DSS* : The Challenge of Anti-essentialism and Interactive Discrimination for Human Rights Litigation » (1994) 44 UTLJ 41.

³⁹¹ Voir infra Partie I.(D)(i).

Dans le sens littéral du terme³⁹², la notion de discrimination est en soi dépourvue de caractère moral. De par sa nature même, la législation crée des distinctions ou des catégories qualifiables de discrimination. Dans ce premier sens, la discrimination peut être considérée comme toute différence de traitement. Il s'agit alors d'une conception symétrique : c'est-à-dire que chaque sous-groupe de la catégorie est discriminé dans la même mesure. À titre d'exemple, une règle distinguant les hommes des femmes discrimine autant les premiers que les secondes. Dans un second sens, la discrimination constitue un traitement défavorable pour une catégorie. La victime de discrimination estime ainsi avoir été traitée de façon à subir un désavantage que les autres ne vivent pas, ceux obtenant le traitement favorable n'étant pas discriminés. C'est dans ce sens que la discrimination est interdite en vertu de la norme québécoise : les catégories de discrimination doivent conséquemment être qualifiées de moralement asymétriques³⁹³.

D'ailleurs, lors de l'adoption de la *Charte québécoise*, le chef de l'Opposition officielle, M. Jacques-Yvan Morin avait cherché à y inscrire le mot « notamment » avant l'énumération des motifs, afin d'éviter que cette dernière ne soit limitative³⁹⁴. Le ministre de la Justice, Jérôme Choquette, avait alors affirmé :

« Il y a des discriminations qui sont « permissibles », il y a des discriminations qui existent, il y a des discriminations qui sont là, mais c'est la raison pour laquelle je ne pense pas que l'on puisse introduire ce mot qui ouvrirait la porte à toutes sortes de contestations et de litiges sans limite quels qu'ils soient. »³⁹⁵

³⁹² Selon le Petit Robert 2015, le sens littéraire du mot « discrimination » est défini de la façon suivante : « Action de discerner, de distinguer les choses les unes des autres avec précision, selon des critères définis ».

³⁹³ Lawrence Blum, « Racial and other Asymmetries » dans Deborah Hellman et Sophia Moreau, dir, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, 2013 à la p 4, en ligne : Philosophical Foundations of Discrimination Law <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199664313.001.0001/acprof-9780199664313>> (consulté le 11 décembre 2014).

³⁹⁴ Québec, Commission permanente de la justice, *Journal des débats*, 30^e lég, 3^e ses, no 153 (25 juin 1975) à la p B-5016.

³⁹⁵ *Ibid.*

Le texte adopté fut celui d'une liste limitative qui prévaut jusqu'à ce jour³⁹⁶. Henri Brun et André Binette affirmaient d'ailleurs qu'une « critique acerbe à l'endroit de la [*Charte québécoise*] regrette le caractère limitatif de l'énumération de l'article 10. Le droit à l'égalité n'y est pas proclamé dans sa généralité et il est nécessaire de recourir au législateur dès qu'il est acquis que la société réproouve un mode de discrimination »³⁹⁷. Cette identification des motifs reflète une norme sociale dominante essentialiste (1) qui constitue une conception asymétrique et homogène des groupes (2).

(1) Les motifs inclus au libellé de la norme antidiscriminatoire québécoise

L'article 10 de la *Charte québécoise* interdit le traitement différencié fondé sur un motif énuméré : la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. La liste, reconnue comme exhaustive, a toutefois été adaptée au fil des changements de contextes sociaux par la voie de modifications législatives. Certains motifs tels la grossesse, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle ont été ajoutés³⁹⁸, par des modifications législatives afin de rendre compte de phénomènes de discrimination existants dans la société.

Il apparaît que le choix des motifs reflète une certaine acceptation sociale des motifs, reflet de la norme sociale dominante tel que le constate Nitya Iyer³⁹⁹. Lors de l'étude détaillée de la première version de la *Charte québécoise*, en commission parlementaire, le chef de l'Opposition officielle, M. Jacques-Yvan Morin affirmait que la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle correspondait à « une évolution des mœurs », « à une plus grande ouverture d'esprit de la part des gens »⁴⁰⁰. À l'inverse, le ministre de la Justice,

³⁹⁶ Gagnon et Bosset, *supra* note 141 à la p 66.

³⁹⁷ Henri Brun et André Binette, « L'interprétation judiciaire de la condition sociale, motif de discrimination prohibé par la Charte des droits du Québec » (1981) 22:3-4 C de D 681 à la p 693.

³⁹⁸ Orientation sexuelle (1977), personne handicapée (1979) et handicap (1982), grossesse et âge (1982).

³⁹⁹ Iyer, *supra* note 280 à la p 187.

⁴⁰⁰ Québec, Commission permanente de la justice, *supra* note 394 à la p B-5016.

Jérôme Choquette, refusait l'ajout du motif au regard d'une autre perspective de la « réalité » sociale :

« Je pense que l'état de réceptivité de la population en général est un facteur très important que le gouvernement doit considérer à l'occasion de l'étude d'une proposition comme celle qui est faite par le député de Maisonneuve [Robert Burns, Parti québécois]. Si on est pour créer plus de résistance à l'adoption de la charte, à son rôle pédagogique, aux principes qui sont proposés dans la charte, à ce moment, on risque d'avoir des résultats qui sont contraires à ceux qu'on espère. »⁴⁰¹

Par ailleurs, les travaux parlementaires révèlent un intérêt des membres quant au nombre de cas de discrimination touchant les personnes homosexuelles, certains estimant qu'ils ne pouvaient légiférer sans connaître la véritable situation de fait⁴⁰².

L'énonciation des motifs dans le libellé de la norme vise à restreindre la protection de certains groupes, ceux dont le législateur juge qu'il est moralement inacceptable de discriminer en raison de leur caractéristique identitaire. La loi peut toutefois être modifiée lorsqu'il apparaît qu'elle ne permet pas de reconnaître la discrimination pour certains groupes que la détermination du sens de la norme aurait dû permettre de protéger pour optimiser son potentiel de réception de l'effectivité sociale en droit.

À titre d'exemple, la version antérieure du motif lié au handicap se lisait comme suit : « le fait qu'elle est une personne handicapée ou qu'elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap ». La pratique judiciaire a interprété ce motif comme étant restreint aux personnes handicapées en vertu de la définition présentée par la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées* dont découlait cet ajout⁴⁰³. Le but de la modification législative de 1982⁴⁰⁴ visait ainsi à « rompre avec cette jurisprudence »⁴⁰⁵ en introduisant un « changement dans

⁴⁰¹ *Ibid* à la p B-5039.

⁴⁰² *Ibid* à la p B-5016.

⁴⁰³ *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, LQ 1978, c 7 [maintenant RLRQ, c E-201, art 1g], art 112: « « personne handicapée » ou « handicapé »: toute personne limitée dans l'accomplissement d'activités normales et qui, de façon significative et persistante, est atteinte d'une déficience physique ou mentale ou qui utilise régulièrement une orthèse une prothèse ou tout autre moyen pour pallier son handicap. »

⁴⁰⁴ *Charte des droits et libertés de la personne*, LQ 1982, c 61.

la signification du texte »⁴⁰⁶. La pratique judiciaire a ensuite été en mesure de faire le déplacement requis pour élargir la réception des formes de handicap considérées comme reflétant la « réalité »⁴⁰⁷. L'énonciation des motifs dans le libellé de la *Charte québécoise* se voit ainsi conférer une importance indéniable dans la détermination des groupes protégés contre la discrimination.

De la même façon, le motif de « grossesse » a été ajouté à la liste des motifs interdits suivant une interprétation de la *Charte québécoise* qui n'embrassait pas suffisamment la réalité. Les premières interprétations de la *Charte québécoise* n'avaient pas associé la grossesse au motif de sexe⁴⁰⁸, les tribunaux ayant notamment affirmé que la discrimination n'était pas interdite entre personnes de même sexe⁴⁰⁹. Cette conception des motifs est binaire dans le sens où le groupe dominé, soit les femmes, est seulement discriminable en ce qu'il diffère du groupe dominant, soit les hommes. Les distinctions entre les femmes, au sein du sous-groupe des femmes, n'étaient pas qualifiables de discrimination. Suivant l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd*⁴¹⁰ fondé sur la loi antidiscriminatoire manitobaine, les tribunaux se sont distingués de ce raisonnement et ont inclus la notion de grossesse au motif de sexe en droit québécois⁴¹¹. Dans cet arrêt, le juge en chef Dickson fait sien l'argument des appelantes :

« Comme les appelantes le soutiennent dans leur mémoire: [TRADUCTION] "La possibilité d'être enceinte est une caractéristique immuable ou un trait propre au sexe, qui distingue les hommes des femmes. Une distinction fondée sur la grossesse n'établit pas seulement une distinction entre les personnes enceintes et celles qui ne le

⁴⁰⁵ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 2014 au para XII-7.83.

⁴⁰⁶ *Ville de Montréal et Ville de Boisbriand*, *supra* note 84 au para 60 citant ; Côté, *supra* note 95 à la p 496 et ss.; Québec, Commission permanente de la justice, *Journal des débats*, 32e lég, 3e ses, no 230 (16 décembre 1982) à la p B-11626.

⁴⁰⁷ *Ville de Montréal et Ville de Boisbriand*, *supra* note 84 au para 62.

⁴⁰⁸ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 32e lég, 3e ses, no 91 (1er décembre 1982) à la p 6294 (par le ministre de la Justice, M. Marc-André Bédard).

⁴⁰⁹ *Bliss c Procureur Général du Canada*, [1979] 1 RCS 183.

⁴¹⁰ *Brooks c Canada Safeway Ltd*, [1989] 1 RCS 1219.

⁴¹¹ *Commission des droits de la personne c Lingerie Roxana liée*, [1995] 1995 CanLII 10774 (QC TDP).

sont pas, elle établit aussi une distinction entre le sexe des personnes susceptibles de devenir enceintes et le sexe de celles qui ne le peuvent pas". »⁴¹²

La Cour suprême retient ainsi le « sens commun » selon laquelle une distinction fondée sur la grossesse correspond nécessairement au motif de sexe, puisqu'il s'agit d'une réalité biologique liée au fait d'être une femme⁴¹³. Il est intéressant de noter que le juge avait introduit cette section en affirmant qu'il croyait que toute personne n'ayant pas de formation juridique en viendrait aisément à cette conclusion⁴¹⁴. La norme dominante n'est ainsi pas questionnée même dans la mesure où la pratique judiciaire tente de tenir compte d'une « réalité » sociale dans sa détermination de la norme. Cette identification des groupes exige une objectivation des motifs : ils sont considérés neutres et permanents⁴¹⁵.

En conséquence, la recherche de correspondance entre la liste des motifs et la « réalité » résulte d'une catégorisation essentialiste en ce qu'elle nécessite l'identification de groupes « discriminés » ou « discriminables » sans questionner la norme sociale dominante, qui en elle-même maintient et reproduit des inégalités. Cet effet reproducteur d'inégalité va à l'encontre de l'objet de suppression des discriminations.

(2) Homogénéité et asymétrie des motifs par la détermination essentialiste des groupes « protégés »

Afin de déterminer si la distinction, exclusion ou préférence est fondée sur un motif, la jurisprudence associe la victime à un groupe « protégé » qui réfère lui-même à un motif de discrimination interdit. Cette étape de la détermination du sens de la norme nécessite l'identification de caractéristiques particulières d'un groupe correspondant à l'un des motifs prévus.

⁴¹² *Brooks c Canada Safeway Ltd*, *supra* note 410.

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ Iyer, *supra* note 280 à la p 187.

Malgré le recours à des motifs « neutres », l'asymétrie se dévoile dans la conception binaire d'un ensemble formé d'un groupe dominé et d'un groupe privilégié : femme/homme, hétérosexuel/homosexuel, avec ou sans handicap, etc.⁴¹⁶. La discrimination ne peut résulter que de l'association au groupe considéré « dominé ». Cette conception reproduit des construits sociaux et nie une certaine « réalité » existante qui ne correspond pas à cette binarité. Par exemple, les personnes transsexuelles et transgenres ne peuvent s'identifier à la catégorie « sexe » dans son ensemble, si celle-ci ne réfère qu'au fait d'être une femme en situation d'oppression par rapport aux hommes⁴¹⁷. D'autres motifs couvrent plus de groupes distincts tout en conservant cette logique binaire asymétrique. Par exemple, les motifs d'origine ethnique ou nationale, de la religion et de la race ne se divisent pas en deux sous-groupes : il s'agit plutôt d'un groupe dominant (les personnes blanches ou caucasiennes) et de plusieurs groupes dominés.

L'essentialisme est également présent dans l'association de groupes à des construits sociaux objectivés en catégories juridiques. Certains motifs réfèrent à des caractéristiques qui sont interreliées et difficiles à distinguer de manière précise dans la « réalité » :

« Les concepts de race et d'origine ethnique pourront à l'occasion être confondus. Pourtant, l'un et l'autre réfèrent à des réalités distinctes. Ainsi, dans la conception traditionnelle, l'exclusion fondée sur la race s'attache aux caractères biologiques des individus alors que l'exclusion fondée sur l'origine ethnique s'entend de « l'appartenance de l'individu à un groupe que caractérisent une histoire et un ensemble de traditions communes, que les membres du groupe ont souhaité maintenir ». Le concept d'origine ethnique a une connotation plus culturelle. Loin d'être exhaustives, ces définitions permettent toutefois de cerner l'essentiel des réalités auxquelles s'adresse la Charte. Ces divers motifs ont toutefois en commun une hiérarchisation qui aura pour effet ultime d'entraver un individu en raison de sa race, de son origine ethnique ou de sa couleur dans l'un ou l'autre des volets de sa vie en société.

⁴¹⁶ *Ibid* à la p 191.

⁴¹⁷ Il est utile de noter que le gouvernement a présenté un projet de loi en mai 2016 prévoyant l'ajout de « l'identité de genre » à la liste des motifs énumérés à l'article 10 de la *Charte québécoise* : PL 103, *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, 1^{ère} sess, 41^e lég, Québec, 2016, art 9.

C'est ce que cherche à contrer la protection énoncée à l'article 10 de la Charte. »⁴¹⁸

Ce raisonnement converge avec l'absence de définition ou de conceptualisation de la « race » dans les instruments internationaux de protection des droits humains. La *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* définit la discrimination raciale en tant que distinction, exclusion ou préférence liée, à divers degrés, aux aspects de race, couleur, ascendance ou origine nationale ou ethnique⁴¹⁹. Ces motifs sont toutefois énoncés de façon distincte, alors que les faits qui y sont rattachés sont interdépendants sans être isolés selon la catégorie ou distingués des autres catégories⁴²⁰. Pourtant, le choix d'un motif de discrimination nécessiterait de compartimenter les divers aspects constituant en tout ou en partie un groupe « protégé » afin d'assurer une catégorisation correspondante à l'un des motifs énumérés.

b. L'intersectionnalité comme outil de rejet de l'essentialisme dans la détermination des groupes sociaux : portée et limites

L'essentialisme dans la catégorisation des groupes « protégés » contre la discrimination est certes l'une des critiques les plus importantes issues de l'intersectionnalité. Trois approches relatives à la catégorisation peuvent être discernées des différentes théorisations de l'intersectionnalité, notamment la classification réalisée par Leslie McCall, sociologue : anticatégorielle (1), intracatégorielle (2) et intercatégorielle (3)⁴²¹. L'étude de ces trois approches permet de cerner les possibilités de rejet de l'essentialisme dans la détermination juridique de ces groupes afin d'élargir la portée de la réception de la « réalité » sociale à l'aide de l'outil intersectionnel.

⁴¹⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Yazbeck*, [2001] 2001 CanLII 16687 (QC TDP) au para 61.

⁴¹⁹ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, *supra* note 33, part 1.

⁴²⁰ Voir Annexe III.

⁴²¹ McCall, *supra* note 231 à la p 1772; Walby, *supra* note 361 à la p 452.

- (1) L'approche anticatégorielle : repenser les catégories existantes dans les limites d'une liste exhaustive de motifs

À l'extrémité de la gamme des approches intersectionnelles, certaines rejettent totalement le confinement à une liste définie de catégories⁴²². C'est d'ailleurs le cas des approches dites anticatégorielles visant à rejeter ou du moins déconstruire la notion de catégorie⁴²³. En vertu de ces approches, il est nécessaire d'éviter les tentatives d'identification des groupes⁴²⁴.

Si les catégories ne constituent pas des représentations adéquates du monde vécu, il serait alors pernicieux de les mobiliser⁴²⁵. Il est donc essentiel de se concentrer sur les différences et non sur des identifications essentialistes des groupes ou individus⁴²⁶. Par ailleurs, les approches anticatégorielles soulèvent souvent l'idée que le recours aux catégories est en soi un générateur d'inégalités⁴²⁷. Kimberlé Crenshaw constatait que « le discours libéral dominant traite souvent la race, le genre et les autres catégories de l'identité comme des vestiges des préjugés ou de la domination — autrement dit des cadres intrinsèquement négatifs, investis par le pouvoir social pour exclure ou marginaliser ceux qui sont différents »⁴²⁸. Afin d'éviter cette domination et cette marginalisation, il faudrait ainsi supprimer toute signification sociale de ces catégories d'identité⁴²⁹. D'autres discours prétendent plutôt que la différence telle que marquée par le pouvoir social peut être un vecteur d'émancipation politique et de reconstruction sociale⁴³⁰.

Cependant, il apparaît inévitable que la norme antidiscriminatoire, telle qu'énoncée actuellement dans la *Charte québécoise*, exige la catégorisation des groupes. En effet, l'un des trois critères de détermination de l'acte discriminatoire est le lien avec un motif prohibé de discrimination prévu dans la liste exhaustive de l'article 10 de la *Charte québécoise*. L'approche

⁴²² Choo et Ferree, *supra* note 195 à la p 147.

⁴²³ Carastathis, *supra* note 213 à la p 308; Nash, *supra* note 230 à la p 5.

⁴²⁴ Walby, *supra* note 361 à la p 452.

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ Crenshaw et Bonis, *supra* note 235 à la p 52.

⁴²⁹ *Ibid.* à la p 53.

⁴³⁰ *Ibid.*

anticatégorielle doit donc être rejetée, même si elle soulève certains éléments de réflexion pertinents dans le cadre de l'analyse des dynamiques d'oppression.

- (2) L'approche intracatégorielle : reflet d'un déplacement dans la conception de la norme pour dévoiler les sous-groupes au sein des catégories.

L'approche intracatégorielle permet de considérer l'expérience « réelle » particulière d'un sous-groupe invisible au sein d'une catégorie reconnue⁴³¹. Les diverses normes antidiscriminatoires privilégiant la prise en compte de l'intersectionnalité s'inscrivent généralement dans cette logique « additive » ou cumulative des motifs. Par exemple, la loi antidiscriminatoire de Terre-Neuve dispose que :

9 [...] (4) Where this Act protects an individual from discrimination on the basis of a prohibited ground of discrimination, it also protects the individual from discrimination on the basis of

(a) 2 or more prohibited grounds of discrimination or the effect of a combination of prohibited grounds.⁴³²

La *Loi canadienne sur les droits de la personne* reprend la combinaison des motifs :

3.1 Il est entendu que les actes discriminatoires comprennent les actes fondés sur un ou plusieurs motifs de distinction illicite ou l'effet combiné de plusieurs motifs.⁴³³

Quant au code manitobain, il prévoit l'effet cumulatif de la discrimination fondée sur plusieurs caractéristiques dans les pouvoirs de l'arbitre :

43 (1.1) S'il détermine qu'une partie a exercé de la discrimination fondée sur plusieurs des caractéristiques mentionnées au paragraphe 9 (2), l'arbitre tient compte de l'effet cumulatif, le cas échéant, de cette discrimination lorsqu'il rend une ordonnance en vertu du paragraphe (2).⁴³⁴

Ces dispositions nous apparaissent comme proposant une approche combinée, « additive » ou cumulative des motifs, permettant ainsi de dévoiler un sous-groupe particulier au sein d'un

⁴³¹ McCall, *supra* note 231 à la p 1773; Choo et Ferree, *supra* note 195 à la p 133; Nash, *supra* note 230 à la p 5.

⁴³² *Human Rights Act*, *supra* note 258, art 9(4)(a).

⁴³³ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *supra* note 36, art 3.1.

⁴³⁴ *Code des droits de la personne*, *supra* note 259.

premier groupe. Un premier motif est ainsi considéré, puis le second motif est combiné pour discerner l'effet de leur combinaison particulière. En outre, certaines lois antidiscriminatoires ne prévoient pas expressément une telle combinaison de motifs, mais la pratique judiciaire y étant relative se permet d'invoquer l'intersection de motifs, dans une perspective cumulative ou combinée⁴³⁵.

L'affirmation explicite d'une possibilité de considérer les croisements de motifs constitue certainement un incitatif à en tenir compte dans la détermination du sens de la norme. Néanmoins, les critères de détermination de la signification juridique de la norme québécoise n'empêchent pas un tel élargissement, même si le libellé est silencieux à cet égard. Une approche intracatégorielle saurait ainsi respecter la nécessité d'associer la victime à un motif de discrimination en vertu de la *Charte québécoise*, tout en assurant l'élargissement de l'interprétation pour discerner les complexités d'une position intersectionnelle d'un sous-groupe. Il suffirait d'élargir la réception de la « réalité » en constatant les expériences intracatégorielles vécues par un sous-groupe, au sein d'un motif énuméré. Par exemple, à l'égard du motif de grossesse, le TDPQ estimait que « comme la notion de grossesse est maintenant comprise dans le critère du sexe, l'utilisation de ce dernier critère pourrait éventuellement en élargir la portée »⁴³⁶. L'ajout ou non du motif de grossesse n'aurait ainsi aucune incidence : l'approche intracatégorielle assure plutôt l'élargissement des critères de détermination du sens de la norme. Dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, la Cour suprême indique :

« L'argument selon lequel la discrimination fondée sur la grossesse ne peut équivaloir à de la discrimination fondée sur le sexe parce que toutes les femmes ne sont pas enceintes en même temps ne me convainc pas. Quoique la discrimination fondée sur la grossesse ne puisse frapper qu'une partie d'un groupe identifiable, elle ne peut frapper personne en dehors de ce groupe. Un grand nombre, sinon la majorité, des cas de discrimination partielle possèdent cette caractéristique. »⁴³⁷

⁴³⁵ *Code des droits de la personne*, supra note 37; Notamment : *B.C. Human Rights Act*, SBC 1969, c 10. Voir Infra.

⁴³⁶ *Commission des droits de la personne c Lingerie Roxana ltée*, supra note 411.

⁴³⁷ *Brooks c Canada Safeway Ltd.*, supra note 410.

À première vue, aucun élément dans le libellé de la *Charte québécoise* n'interdit la combinaison de motif. Le TDPQ considère parfois plusieurs motifs⁴³⁸. Dans la majorité des cas, les motifs combinés sont ceux de race, origine ethnique ou nationale et couleur ainsi que ceux de handicap et de moyen de le pallier. Dans ces cas, le TDPQ traite les motifs comme s'ils étaient interreliés, sans s'interroger sur les particularités de l'un ou de l'autre. Même s'il n'insiste pas sur le croisement de ces motifs, il n'a jamais nié la possibilité de constater une discrimination sur une combinaison de motifs. D'autres demandes introductives d'instance ont invoqué plusieurs motifs, mais le raisonnement ne permet pas de comprendre l'arrière-plan du raisonnement quant à une possible combinaison des motifs. Cela peut s'expliquer par le fait que la demande a finalement été rejetée ou que le croisement n'a pas été soulevé par le plaignant ou par la CDPDJ.

L'adoption d'une approche intractégorielle pour déterminer le sens de la norme antidiscriminatoire québécoise passerait sans doute par une interprétation multidimensionnelle des motifs. Une telle interprétation permettrait de dévoiler des sous-groupes parfois invisibilisés au sein de groupes plus facilement discernables et reconnus juridiquement. C'est d'ailleurs ce que visait l'ajout du motif handicap à la *Charte québécoise*, afin de ne pas restreindre ce motif à une classe de personnes handicapées prédéterminées. Au regard de ce motif, la Cour suprême, sous la plume de la juge L'Heureux-Dubé, énonçait que :

« Je suis entièrement d'accord avec le juge Philippon qu'il ne faut pas enfermer le motif de « handicap » dans une définition étanche et dépourvue de souplesse. Au lieu de créer une définition exhaustive de ce concept, il me semble plus utile de proposer des lignes directrices qui faciliteront l'interprétation tout en permettant aux tribunaux d'adapter la notion de handicap selon divers facteurs biomédicaux, sociaux ou technologiques. »⁴³⁹

La pratique judiciaire recherche ainsi à assurer un élargissement de la réception des contextes lorsqu'elle détermine le sens juridique des motifs de discrimination.

⁴³⁸ Voir Annexe III pour les décisions du TDPQ à l'égard de demandes introductives invoquant plusieurs motifs.

⁴³⁹ *Ville de Montréal et Ville de Boisbriand*, *supra* note 84 au para 76.

L'approche intracatégorielle exige une réflexion sur la priorité de l'une ou l'autre des positions d'intersection⁴⁴⁰. Le fait d'identifier un groupe général et d'ensuite ajouter des caractéristiques pour identifier un sous-groupe nécessite une hiérarchisation préalable des facteurs. Elle est aussi critiquée au sens où elle ne permet qu'une analyse intersectionnelle restreinte aux sous-groupes visés, sans prétendre à une application globale à tous les phénomènes sociaux d'inégalités⁴⁴¹. En outre, le risque de définir le sous-groupe considéré de façon réductrice et essentialiste demeure probable puisqu'il subsiste des différences au cœur même du sous-groupe⁴⁴². Conséquemment, une telle perspective peut isoler les sous-groupes marginalisés et renforcer les stéréotypes à leur égard⁴⁴³.

Ces critiques quant à une approche intersectionnelle intracatégorielle sont également transposables à la réception du contexte en droit antidiscriminatoire. Elles révèlent les limites à la pleine réalisation de l'exigence d'effectivité. En effet, le contexte demeure objectivé par l'identification essentialiste des groupes « discriminables ». L'effectivité sociale n'est donc pas pleinement reçue par le droit.

(3) L'approche intercatégorielle : croisement des motifs pour appréhender la position intersectionnelle des groupes

L'approche intercatégorielle identifiée par Leslie McCall⁴⁴⁴, similaire en certains points à l'approche centrée sur les processus (« process-centered ») de Choo et Ferree étudie les effets des interactions⁴⁴⁵. L'analyse comparative y tient une place importante puisqu'il s'agit d'éclairer et de comparer les intersections à travers les catégories⁴⁴⁶ : « the process model of intersectionality

⁴⁴⁰ Choo et Ferree, *supra* note 195 à la p 133.

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² Walby, *supra* note 361 à la p 452.

⁴⁴³ Wilkinson, *supra* note 249.

⁴⁴⁴ Choo et Ferree, *supra* note 195 à la p 133.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ *Ibid* à la p 134.

places primary attention on context and comparison at the intersections as revealing structural processes organizing power »⁴⁴⁷.

Cette perspective a également donné lieu à des recherches plus constructivistes : l'approche par processus s'intéressant à la façon dont les identités sont construites et coconstituées par les catégories et les relations⁴⁴⁸.

« Les féministes provenant d'Europe proposent un cadre basé sur le constructionnisme, une vision de l'intersectionnalité qui met l'emphasis sur les processus de production et de reproduction des catégories d'identités (de race, de classe, de genre, etc.) et des relations de pouvoir et d'inégalités qui en découlent. »⁴⁴⁹

Il s'agit donc d'étudier les processus de marginalisation de groupes particuliers sans nier les catégories identitaires⁴⁵⁰. En ce sens, une approche intercatégorielle de réception de la « réalité » nécessiterait de mobiliser les catégories identitaires prévues par les motifs, mais exigerait d'en étudier les interactions spécifiques. Selon cette approche, une telle interprétation des motifs révélerait les dynamiques systémiques d'oppression. En effet, elle exige une plus grande prise en compte des dynamiques sociales simultanées entre plusieurs axes d'inégalités, à partir de la position intersectionnelle des groupes étudiés.

Nous sommes d'avis que la déconstruction des dynamiques sociales d'oppression est le premier déplacement intersectionnel nécessaire vers une réception élargie de la « réalité » dans une perspective d'interprétation conforme à l'objet de la norme, soit la suppression des discriminations.

ii. *La prise en compte de la simultanéité des dynamiques d'oppression*

L'intersectionnalité, dans son étude macrosociale de la discrimination, constate une intersection entre plusieurs axes d'oppression. Ces axes révèlent des dynamiques d'oppressions qui se coconstituent simultanément pour former une expérience intersectionnelle de

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ *Ibid*; Nash, *supra* note 230 à la p 6.

⁴⁴⁹ Harper, *supra* note 206 à la p 9.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

discrimination spécifique. La *Charte québécoise* exige une prise en compte du contexte social dans la détermination du sens de la norme antidiscriminatoire. La réception en droit du contexte révèle toutefois une conception fixe des groupes sociaux que l'intersectionnalité vise à critiquer (a). La réception du contexte social de faits et de valeurs serait-elle élargie par un regard intersectionnel, qui constaterait cette simultanéité des dynamiques d'oppression, dans une perspective de pleine réalisation de l'exigence d'effectivité (b) ?

a. La critique intersectionnelle de la conception fixe des groupes sociaux

Le contexte social est en mouvement constant. Au moment de la détermination du sens de la norme, la pratique judiciaire est appelée à dresser un portrait de la « réalité » dans sa globalité. Les critères constitutifs de l'acte discriminatoire sont pourtant évalués selon une conception fixe des groupes sociaux (1), alors que l'intersectionnalité exige une considération des dynamiques d'interaction des groupes sociaux (2).

(1) La conception fixe au sens de la norme antidiscriminatoire québécoise

Au sens donné par la pratique judiciaire à la *Charte québécoise*, les rapports de discrimination ne sont pas étudiés, omettant ainsi de dévoiler les rapports sociaux créant des systèmes d'oppression à l'égard de certains groupes. Il en résulte une conception figée des groupes sociaux et des catégories y correspondant, conception qui n'embrasse pas la « réalité » sociale dans son ensemble.

En vertu de la *Charte québécoise*, le rapport entre l'auteur et la victime de la discrimination n'est pas un critère de détermination du sens de la norme. L'intention de discriminer a été écartée des critères au moment du déplacement vers une conception réelle de l'égalité⁴⁵¹. Cette conception exigeait la réception en droit des formes de discrimination indirecte et systémique

⁴⁵¹ O'Malley, *supra* note 88 au para 14; Mastropaolo, *supra* note 86 au para 127; Ville de Québec, *supra* note 148. Voir *infra* Partie I (I).

issue de gestes ou politiques neutres dont les effets étaient préjudiciables pour certains groupes⁴⁵².

Conformément aux critères établis par la jurisprudence, l'on détermine juridiquement l'acte discriminatoire selon la seule perspective de la personne victime et du lien entre le motif auquel elle est associée et la distinction réalisée⁴⁵³. Néanmoins, dans les discriminations issues des rapports privés, la distinction, l'exclusion ou la préférence résulte d'un geste, d'une directive ou d'une politique issu d'une ou d'un groupe de personnes privées. La position de ces individus privilégiés, qu'elle résulte d'une conception moniste et essentialiste du groupe ou qu'elle soit intersectionnelle, n'est pas considérée.

La discrimination fondée sur un motif est ainsi analysée en déterminant le contexte social général du groupe dominé identifié par rapport au groupe correspondant dominant, ce dernier étant considéré comme reflétant le reste de la société en général. Par conséquent, pour chaque motif, l'opresseur est prédéterminé sans déconstruire le rapport social menant à la discrimination.

L'essentialisme dans la catégorisation des groupes par des motifs de discrimination crée une conception fixe des groupes, autant dans l'homogénéité des membres le constituant que dans les différences marquées par rapport aux autres groupes. Dans le cas d'un sous-groupe situé à l'intersection de plusieurs motifs, cette conception essentialiste rend difficile la détermination de l'opresseur, et conséquemment, le rapport social entre celui-ci et la victime. Cette conception n'embrasse pas la « réalité » sociale dans son ensemble. Au contraire, elle assume qu'une certaine « réalité » sociale existe du fait de l'association à un groupe prédéterminé. Elle présume ainsi que le contexte social de faits et de valeurs spécifique à la discrimination fondée sur un motif déterminé est fixe et en nie la dynamique particulière.

⁴⁵² *O'Malley*, *supra* note 88 au para 14; *Mastropaolo*, *supra* note 86 au para 127; *Ville de Québec*, *supra* note 148.

⁴⁵³ *Forget*, *supra* note 177 au para 10; *Commission scolaire des Hauts-Bois-de-l'Outaouais*, *supra* note 44 au para 136; *Hôpital général de Montréal*, *supra* note 177 à la p 181; *Bergevin*, *supra* note 177 à la p 538; *Ford*, *supra* note 177.

(2) L'intersectionnalité exigeant la prise en compte de la simultanéité des dynamiques sociales d'oppression

Si la conception fixe et statique de la discrimination en droit nie le dynamisme de son contexte social, l'intersectionnalité vise à dévoiler le contexte macrosocial dans toute sa complexité et sa simultanéité. Une importante littérature sur l'approche intersectionnelle insiste sur la nécessité d'étudier les dynamiques sociales d'oppression, postulant que les axes en intersection se coconstituent simultanément.

Dans l'étude sociologique des stratifications, les catégorisations sont des construits sociaux permettant de théoriser les rapports sociaux : chaque catégorisation est issue de l'étude d'un système d'oppression particulier. En ce sens, les catégories de sexe, le groupe des « hommes » et celui des « femmes », sont pertinentes pour analyser le système patriarcal. Les catégories de classe, notamment des prolétaires aux propriétaires dans une conception marxiste traditionnelle, sont utiles pour étudier le système d'oppression capitaliste. De la même façon, le groupe des autochtones s'inscrit dans un système colonialiste.

Cela correspond d'ailleurs à la perspective de Nira Yuval-Davis et Floya Anthias selon laquelle chaque division trouve ses origines dans une ontologie différente :

« For example, class divisions are grounded in relation to economic processes of production and consumption; gender should be understood not as a « real » social difference between men and woman, but as a mode of discourse that relates to groups of subjects whose social roles are defined by their sexual/biological difference while sexuality is yet another related discourse, relating to constructions of the body, sexual pleasure and sexual intercourse. Ethnic and racial divisions relate to discourses of collectivities constructed around exclusionary/inclusionary boundaries that can be constructed as permeable and mutable to different extents and that divide people into “us” and “them”. [...]”ability” or, rather, “disability” involves even vaguer and more heterogeneous discourses than those relating to ethnicity, as people can be “disabled” in so many different ways. However, they involve discourses of “normality” from which all disabled people are excluded. »⁴⁵⁴

[Nos soulignés]

⁴⁵⁴ Yuval-Davis, *supra* note 223 à la p 201.

Patricia H. Collins estime qu'il est essentiel de mettre l'emphasis sur la façon dont ces axes s'interconnectent au lieu de soulever les similarités et différences entre chacun. Elle appelle « matrice de domination » l'ensemble formé des systèmes d'oppression organisés sous quatre domaines de pouvoir : structurel, disciplinaire, hégémonique et interpersonnel⁴⁵⁵. Tous les axes d'oppression interagissent simultanément pour produire des expériences de domination, spécifiques à une « *location* » ou situation sociale et à sa configuration relationnelle au sein d'un ensemble ou système structuré⁴⁵⁶. Nous sommes d'avis que comprendre les interactions entre les axes implique nécessairement de considérer les systèmes desquels ils sont issus. Lorsque l'on réfère à un croisement des catégories, cela implique une interaction entre les systèmes d'oppression y étant relatifs. Ces intersections d'axes ou de dynamiques se coconstituent de façon simultanée, c'est-à-dire qu'elles interagissent en même temps et qu'il est impossible de les compartimenter⁴⁵⁷.

Certains auteurs estiment qu'il est essentiel de considérer la position intersectionnelle autant de ceux qui sont avantagés que ceux étant désavantagés par la dynamique sociale⁴⁵⁸. D'autres considèrent qu'une position peut simultanément apporter des privilèges et des désavantages⁴⁵⁹. Pour tenir compte de la « réalité », il faudrait ainsi discerner ces aspects des dynamiques sociales.

En somme, une approche intersectionnelle éclairerait les relations entre l'auteur de discrimination et la victime en considérant le dynamisme perpétuel des positions individuelles au sein des structures sociales constituant ces oppressions. Selon une telle approche, ces systèmes d'oppression, que nous appelons dynamiques d'oppression, sont essentiels à la compréhension de la discrimination dans son effectivité sociale et de leur déconstruction, surtout dans une perspective de suppression de ces discriminations.

⁴⁵⁵ Collins, *supra* note 249 à la p 454.

⁴⁵⁶ Conaghan, *supra* note 371 à la p 37.

⁴⁵⁷ *Ibid* à la p 42.

⁴⁵⁸ Yuval-Davis, *supra* note 223 à la p 201.

⁴⁵⁹ Collins, *supra* note 249 à la p 454.

b. L'intersectionnalité comme moyen d'élargissement : points d'ancrage en vertu de la norme québécoise

La méthode de détermination du sens de la norme antidiscriminatoire québécoise nous apparaît comme offrant certains points d'ancrage à une prise en compte intersectionnelle des dynamiques sociales d'oppression. Dans un premier temps, nous évaluerons la possibilité d'en élargir la réception dans le cadre de la détermination du lien entre la distinction et le motif dans une perspective systémique (1). Dans un second temps, nous éclairerons le motif de discrimination de la condition sociale à la lumière de l'intersectionnalité pour en discerner les possibilités d'une réception des dynamiques sociales d'oppression (2).

(1) La détermination du lien entre le motif et la distinction : la discrimination systémique

Le lien entre le motif et la distinction ayant des effets préjudiciables n'est pas toujours direct. Le déplacement vers l'égalité réelle a permis aux tribunaux de reconnaître des discriminations indirectes et systémiques. La discrimination systémique a été maintes fois reconnue par les tribunaux dans ses récents développements⁴⁶⁰. Sa détermination implique par exemple :

« À l'échelle des entreprises, la preuve d'une exclusion disproportionnée des membres de groupes protégés de la discrimination en emploi requiert donc l'examen des politiques, des attitudes et des pratiques concrètes ayant cours en matière de recrutement, de sélection, d'embauche, de promotion et de conditions de travail afin de déterminer dans quelle mesure ces dernières y contribuent ou non pour éventuellement apporter les correctifs requis de manière à en supprimer les effets. Lorsqu'ils sont saisis d'allégations de discrimination systémique en emploi, les tribunaux canadiens examinent donc l'ensemble des processus d'embauche ou de dotation appliqués par l'employeur intimé en vue de trouver les éléments pouvant expliquer cet effet disproportionné d'exclusion. »⁴⁶¹

Malgré cette reconnaissance théorique, il reste un pas à faire dans la compréhension des systèmes d'oppression par le droit. Fo Niemi, directeur général du Centre de recherche-action sur les

⁴⁶⁰ *Gaz métropolitain (QCCA)*, *supra* note 190.

⁴⁶¹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Gaz métropolitain, inc*, 2008 QCTDP 24 au para 40 [*Gaz métropolitain (QC TDP)*].

relations sociales, critiquait cette résistance de la CDPDJ et du TDPQ à l'égard des discriminations systémiques :

« On sait que le racisme peut avoir des manifestations très subtiles et que les plaintes sont souvent rejetées pour insuffisance de preuve. C'est pourquoi plusieurs juristes ont remis en question l'approche traditionnelle et uniforme de traitement des plaintes de discriminations raciales par les commissions des droits de la personne. Selon eux, cette approche est vouée à l'échec, car elle ne s'adresse pas aux dynamiques systémiques et multidimensionnelles du racisme. »⁴⁶²

Il prétend qu'il est essentiel d'élargir la façon d'aborder le racisme par les tribunaux par le concept de racisme systémique et l'analyse intersectionnelle. Il soumet que la faible utilisation de l'intersectionnalité résulte du rôle de la CDPDJ, en tant que partie demanderesse devant la majorité des cas présentés au TDPQ : soit la CDPDJ n'invoque pas l'intersectionnalité, soit elle ne l'applique pas au traitement des plaintes en raison de l'absence de politique claire sur cette question⁴⁶³. Selon lui, le défaut d'adopter une approche intersectionnelle au moment du traitement de la plainte par la CDPDJ crée une mauvaise compréhension de certaines situations et conséquemment, la même problématique devant les tribunaux⁴⁶⁴.

La CDPDJ pourrait ainsi suivre l'exemple de la Commission ontarienne des droits de l'homme qui a publié un document devant guider l'adoption d'une approche intersectionnelle dans le traitement des plaintes⁴⁶⁵. L'on peut certainement y voir une corrélation avec l'effervescence quant à l'intersectionnalité dans les décisions du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario⁴⁶⁶.

⁴⁶² Lucie Lamarche, « La mission contemporaine du Tribunal des droits de la personne : un enjeu complexe dans une société complexe » dans par Barreau du Québec et Service de la formation continue, *Le tribunal des droits de la personne: 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Yvon Blais, Montréal, 2015, 307 à la p 292.

⁴⁶³ *Ibid* à la p 301.

⁴⁶⁴ *Ibid* à la p 302.

⁴⁶⁵ Commission ontarienne des droits de la personne, *supra* note 104.

⁴⁶⁶ Voir notamment *Baylis-Flannery*, *supra* note 274; *Hogan c Ontario*, *supra* note 275; *Flamand v DNG Investments*, *supra* note 275.

Béatrice Vizkelety souligne que l'approche qu'elle qualifie d'inclusive s'impose pour la recherche d'une égalité réelle par la remise en question des rapports de force dans la société⁴⁶⁷. Le choix d'étudier le contexte de façon inclusive permet :

« d'examiner le fonctionnement du système, d'identifier les effets d'une culture organisationnelle qui par son inaction omettait d'intervenir pour mettre fin à la situation de discrimination ou de harcèlement en cours ou qui, à l'inverse, y contribuait activement en multipliant les problèmes et obstacles auxquels la victime était alors confrontée. »⁴⁶⁸

Une obligation dont le sens est déterminé dans une perspective inclusive permet de lutter contre les discriminations dans chacun des domaines de pouvoirs de la « matrice de domination » au sens où Patricia H. Collins l'entend. Les tribunaux seraient ainsi appelés à se questionner sur la façon dont :

- l'organisation maintient, renforce et reproduit les oppressions (structurel) ;
- les relations de pouvoirs s'exercent au sein des structures et fonctionnements (disciplinaire) ;
- les domaines structurel et disciplinaire justifient et légitiment les oppressions par la production d'un sens commun ou d'une culture organisationnelle (hégémonique) ;
- les personnes interagissent entre elles par des rapports d'inégalités, de discrimination ou de harcèlement (interpersonnel).⁴⁶⁹

La classification de Nira Yuval-Davis et Floya Anthias aborde plutôt les systèmes comme ayant des bases ontologiques différentes. Par conséquent, elles considèrent que chaque division sociale présente une forme organisationnelle, intersubjective, expérientielle et représentationnelle⁴⁷⁰. Les formes organisationnelle et intersubjective permettent ainsi d'éclairer une culture

⁴⁶⁷ Richard Lavigne, « Le système judiciaire et les personnes ayant des limitations fonctionnelles, une route encore semée d'embûches » dans par Barreau du Québec et Service de la formation continue, *Le tribunal des droits de la personne: 25 ans d'expérience en matière d'égalité.*, Yvon Blais, Montréal, 2015, 281 à la p 61.

⁴⁶⁸ Béatrice Vizkelety, « Les développements jurisprudentiels relatifs à l'«égalité réelle» en emploi : maintenant aux employeurs d'agir » dans par Barreau du Québec et Service de la formation continue, *Le tribunal des droits de la personne: 25 ans d'expérience en matière d'égalité.*, Yvon Blais, Montréal, 2015, 43 à la p 73.

⁴⁶⁹ Collins, *supra* note 249 à la p 454; Harper, *supra* note 206 à la p 7 et *infra* Partie II(B)(a).

⁴⁷⁰ Yuval-Davis, *supra* note 223 à la p 198.

organisationnelle particulière en s'intéressant respectivement aux institutions elles-mêmes et aux relations de pouvoirs entre acteurs. La forme représentationnelle interroge les représentations culturelles des divisions sociales au sein de la société. La forme expérientielle se rattache à l'expérience subjective vécue et permet ainsi de théoriser le lien entre les niveaux macro et micro social.

Par conséquent, une approche inclusive intersectionnelle, assurerait de dresser un portrait global des dynamiques d'oppression dans un contexte particulier. Elle éviterait les amalgames non-fondés et raccourcis qui font correspondre la nature de la distinction à un motif prédéterminé sans réinterroger les dynamiques particulières et leur interaction. Ainsi, la réception de discrimination systémique serait élargie puisqu'une telle étude détermine les liens entre les éléments d'oppressions qui, par leur entrecroisement simultané, produisent un système inégalitaire. L'approche assurerait de comprendre le contexte macrosocial en théorisant par ailleurs les liens avec l'expérience vécue personnelle.

(2) L'interprétation intersectionnelle du motif de condition sociale

La condition sociale pourrait constituer un indice des dynamiques d'oppression. Nous soumettons qu'une approche multidimensionnelle et intersectionnelle du motif de « condition sociale » permettrait d'intégrer au droit la prise en compte des dynamiques sociales d'oppression. Le motif de condition sociale a suscité de nombreuses questions sur son interprétation ; les difficultés liées à sa définition ont parfois nui à sa mobilisation adéquate.

La condition sociale, dans son sens le plus commun, réfère à la « classe », en termes de groupe socioéconomique. Historiquement, le concept de « classe » est surtout lié à la théorie marxiste⁴⁷¹. L'un des apports théoriques du marxisme est la critique de la naturalisation des hiérarchies sociales. Selon le marxisme, la connaissance doit s'ancrer dans le contexte historique, permettant ainsi d'étudier le développement des relations d'oppression à partir des catégories de

⁴⁷¹ Conaghan, *supra* note 371 à la p 31.

classe⁴⁷². En ce sens, la « classe » n'existe qu'en raison des « relations de classe ». Le concept de « classe » a aussi été étudié par d'autres théories du conflit, tel que les analyses wébériennes et féministes. Ces théories s'inscrivent dans la critique des inégalités et hiérarchies sociales par une analyse des relations de pouvoir et d'oppression.

Dans le même ordre d'idée, l'intersectionnalité est une théorie sociologique des stratifications sociales :

« Intersectionality analysis relates to the distribution of power and other resources in society and therefore it constitutes what in sociology is known as stratification theory. Stratification, or, rather, social stratification, relates to the differential hierarchical locations of individuals and groupings of people on society's grids of power. Intersectionality is the most valid approach to the sociological study of social stratification because it does not reduce the complexity of power constructions into a single social division, including class, as has been customarily the case in stratification theories. »⁴⁷³

En tant que théorie des inégalités, l'intersectionnalité questionne également le concept de « classe ». Joanne Conaghan s'est intéressée à l'étude du concept dans le discours intersectionnel. Elle estime que, outre son utilisation comme marqueur d'inégalités socio-économiques, la littérature intersectionnelle ne parvient pas à le mobiliser adéquatement lorsqu'elle se restreint à une analyse de l'identité⁴⁷⁴. En effet, le concept de « classe » ne s'étudie pas selon les catégories d'identités, mais doit être compris dans son aspect « relationnel » :

« While identity analyses tend to highlight experiences of inequality and law's characterisation of and response to those experiences, class discourse tends to focus on the structured processes and relations which produce and mediate experience. »⁴⁷⁵

Elle affirme que le droit étant ancré dans un « paradigme libéral individualiste »⁴⁷⁶, il ne permet pas un terreau fertile pour ces réflexions, ce qui expliquerait les difficultés du droit à apporter une signification juridique pertinente au concept de « classe »⁴⁷⁷.

⁴⁷² Voir notamment Erik Olin Wright, « Foundations of a neo-Marxist Class Analysis » dans Erik Olin Wright, dir, *Approaches to Class Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

⁴⁷³ Yuval-Davis, *supra* note 195 à la p 93.

⁴⁷⁴ Conaghan, *supra* note 371 à la p 30.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

En vertu de la norme québécoise, c'est le motif de « condition sociale » qui se rattache au concept de « classe ». De nombreux facteurs ont été associés à la condition sociale, considérée comme une « classe sociale » liée au système de production, notamment « la naissance, le niveau de scolarité, l'occupation, le revenu et le mode de vie qui les accompagne »⁴⁷⁸. La plupart des décisions sur l'article 10 de la *Charte québécoise* reproduisent ce raisonnement des décisions *Gauthier*⁴⁷⁹ et *Whittom*⁴⁸⁰, rendues en 1993, afin de définir le motif de « condition sociale ». Récemment, la plupart des cas de discrimination fondés sur la condition sociale reconnus par le TDPQ concernent les personnes bénéficiant de l'aide sociale ou les étudiants, principalement dans la conclusion d'actes juridiques tels que les baux de logement⁴⁸¹. Il n'y a pas eu de développements récents significatifs à l'égard de ce motif.

En 1981, Henri Brun et André Binette critiquaient l'interprétation limitative du motif de « condition sociale ». Ils affirmaient alors que :

« On voit sur quels horizons très vastes la lutte à la discrimination en raison de la condition sociale peut déboucher. Il ne s'agit plus de constater la répugnance de la société devant certaines formes de discrimination, répugnance qui fait déjà l'objet d'un consensus, mais de remettre en cause des valeurs et des comportements bien établis au nom d'une tolérance définie par des circonstances évolutives. La conception sociologique de la condition sociale ouvre la porte sur l'inconnu, et nos tribunaux sont bien réticents à en franchir le seuil. »⁴⁸²

Ils constataient que les plaintes de discrimination fondées sur la condition sociale n'étaient pas retenues en raison de l'ambiguïté de l'expression, des règles d'interprétations empêchant

⁴⁷⁶ [Notre traduction libre]

⁴⁷⁷ Conaghan, *supra* note 371 à la p 30.

⁴⁷⁸ Alberte Ledoyen, *Lignes directrices sur la condition sociale*, Document adopté à la 384e séance le 31 mars 1994, par la résolution COM-384-611, Cat 212084, Commission des droits de la personne, 1994 à la p 4, en ligne : <http://www.cdpcj.qc.ca/Publications/lignes_condition.pdf>.

⁴⁷⁹ *Commission des droits de la personne c Gauthier*, [1993] 1993 CanLII 8751 (QC TDP) [*Gauthier*].

⁴⁸⁰ *Commission des droits de la personne c Whittom et al*, 1993 CanLII 10 (QC TDP).

⁴⁸¹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Brodeur-Charron*, 2014 QCTDP 10 [Brodeau-Charron]; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Fondation Abbé Charles-Émile Gadbois*, [2001] 2001 CanLII 9093 (QCTDP); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Lauréat Richard inc*, [2001] 2001 CanLII 17869 (QCTDP); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Huong*, [2005] 2005 CanLII 5526 ((QC TDP)).

⁴⁸² Brun et Binette, *supra* note 397 à la p 686.

« d'adapter l'application des lois à des considérations sociologiques » et d'une « certaine idéologie de la magistrature »⁴⁸³.

Selon la Commission des droits de la personne [avant la CDPDJ], la condition sociale aurait dû s'interpréter comme correspondant à « l'ensemble des circonstances et des événements qui font qu'une personne occupe telle situation ou telle position dans la société »⁴⁸⁴. Selon Henri Brun et André Binette, la Commission des droits de la personne aurait souhaité y voir « cette catégorie qui aurait permis au droit des libertés au Québec d'évoluer en toute souplesse »⁴⁸⁵. Le TDPQ, dans l'affaire *Gauthier* proposait une telle souplesse dans la considération des éléments liés à la « condition sociale » : « il faut cependant reconnaître le rôle variable, voire l'importance modulée que, dans chaque cas d'espèce, l'un ou l'autre de ces éléments sera ou non appelé à exercer, cette liste n'étant au surplus pas exhaustive »⁴⁸⁶. Elle reconnaît le caractère variable et simultané de la « condition sociale » au contraire du motif immuable « d'origine sociale » se retrouvant dans d'autres instruments.

La difficulté semble se poser en raison du bémol du TDPQ pour la détermination du sens de la norme au regard de ce contexte variable :

« En d'autres termes, dans la mesure où la condition sociale nous renvoie nécessairement aux interactions d'une personne, avec ses pairs, au sein desquelles interviennent différents facteurs d'ordre socio-économique, ces derniers ne pourront affecter l'exercice du droit protégé que s'ils entretiennent avec lui une étroite pertinence, voire une connexité certaine évaluée sur la base d'indicateurs concrets et précis. »⁴⁸⁷

En plus de l'aspect objectif qui réfère aux considérations liées à l'origine, au niveau d'instruction, au revenu, à la profession, etc., les tribunaux reconnaissent un aspect subjectif. Il s'agit des « perceptions générées par ces éléments objectifs ». Par conséquent, le rapport social entre

⁴⁸³ *Ibid* à la p 687.

⁴⁸⁴ Renée Lescop et al, *La condition sociale*, Commission des droits de la personne du Québec, 1980.

⁴⁸⁵ Brun et Binette, *supra* note 397 à la p 693.

⁴⁸⁶ *Gauthier*, *supra* note 479.

⁴⁸⁷ *Ibid*.

l'auteur de la discrimination et la victime prend une importance particulière dans l'interprétation de la condition sociale.

L'interprétation intersectionnelle du motif de « condition sociale » apparaît comme découlant de sa nature. Dans un document de recherche de la Commission ontarienne pour les droits de la personne, l'on reconnaissait l'interaction de la « condition sociale » avec les autres motifs :

« La pauvreté recoupe souvent d'autres formes de désavantages expressément reconnus dans les lois sur les droits de la personne, comme la pauvreté et le sexe, la pauvreté et la race, la pauvreté et un handicap, pour ne donner que quelques exemples. Si elles ne prévoient pas de protection fondée sur la pauvreté, les lois relatives aux droits de la personne pourraient bien ne pas être en mesure d'aborder véritablement l'expérience complexe des personnes les plus défavorisées. »⁴⁸⁸

Le *Code des droits de la personne* de l'Ontario ne prévoit d'ailleurs pas expressément la reconnaissance du croisement des motifs à l'instar de la *Charte québécoise*. La Commission ontarienne des droits de la personne reconnaît pourtant la possibilité de chevauchement entre la « condition sociale » et d'autres motifs. Ce croisement entre le premier motif établissant le contexte macrosocial et d'autres motifs dans une perspective de reconnaissance de l'expérience vécue constituerait sans doute un élargissement de la réception juridique des dynamiques sociales.

Cette conception s'inscrirait dans une approche intersectionnelle en permettant d'étudier le contexte macrosocial expliquant la position de la victime sur les axes d'oppression. Elle ouvre la possibilité d'étudier les dynamiques sociales expliquant la position spécifique d'une personne au croisement d'axes qui ne sont pas prédéterminés. Elle ne fige pas l'expérience en permettant l'ajustement à divers contextes. Ce sens se conformerait d'ailleurs à l'exigence d'une interprétation large et généreuse de la *Charte québécoise*. L'interprétation intersectionnelle du

⁴⁸⁸ Commission ontarienne des droits de la personne, Direction des politiques et de l'éducation, *Les commissions des droits de la personne et les droits économiques et sociaux*, Document de recherche à la p 45, en ligne : <<http://www.ohrc.on.ca/fr/les-commissions-des-droits-de-la-personne-et-les-droits-%C3%A9conomiques-et-sociaux>> (consulté le 20 mars 2016).

motif de « condition sociale », combiné ou non à un autre motif de la *Charte québécoise*, permettrait d'appréhender le contexte macrosocial des dynamiques d'oppression interagissant simultanément dans un cas donné. Le sens de la norme antidiscriminatoire serait ainsi déterminé par la réception en droit d'une « réalité sociale » complexe, irréductible, inclusive et simultanée : la réception en droit de cette effectivité sociale en serait ainsi élargie.

En somme, la prise en compte des simultanités des dynamiques d'oppression est au cœur de l'approche intersectionnelle. La *Charte québécoise* présente deux points d'ancrage, quant au lien entre le motif et la distinction dans une perspective systémique et quant au motif de condition sociale, permettant d'élargir la réception du contexte de faits et de valeurs par une approche intersectionnelle. De la même façon, l'intersectionnalité est un outil de rejet de l'essentialisme dans l'identification des groupes sociaux. Par l'adoption d'une approche intracatégorielle, voire intercatégorielle, la réception du contexte n'en serait qu'élargie pour mieux embrasser la réalité. Conséquemment, l'exigence d'effectivité serait potentiellement amplifiée dans une perspective de lutte contre les discriminations, objet fondamental de la *Charte québécoise*.

B. La promotion de l'égalité par la déconstruction des systèmes d'oppression

L'action judiciaire du TDPQ offre un exemple saillant de diverses ordonnances et considérations pouvant être éclairées par l'approche intersectionnelle, au niveau macrosocial. De nombreux exemples de conclusions rendues par le TDPQ illustrent des ouvertures à une plus grande réalisation de l'exigence d'effectivité. Ces conclusions peuvent s'inscrire dans une approche intersectionnelle de la discrimination en ce qu'elle vise la promotion de l'égalité par la déconstruction des systèmes d'oppression. Nous mettons ainsi l'emphasis sur le système institutionnel créé par la *Charte québécoise* pour traiter spécifiquement des cas de discrimination soit le TDPQ, et parallèlement la CDPDJ, pour faire ressortir l'étendue des possibilités d'action. En effet, le système québécois de protection des droits et libertés est construit sur cet objectif macrosocial de lutte contre les discriminations. Le TDPQ s'est ainsi vu octroyer le pouvoir d'assurer une certaine régulation du social pour réaliser cet objet. Les premières mesures possibles concernent les ordonnances de régulation des rapports privées par le retour vers les

destinataires (i) alors que les secondes constatent la portée de l'obligation d'accommodement raisonnable (ii).

i. *La régulation des rapports privés : retour vers les destinataires de la norme*

Selon ses orientations générales, le TDPQ cherche à « assurer l'effectivité des droits et libertés de la personne par l'octroi de mesures de réparation complètes, utiles et efficaces »⁴⁸⁹. Pour ce faire, il estime devoir « faire preuve de flexibilité et de créativité dans la conception des réparations à accorder »⁴⁹⁰. Certaines conclusions de la pratique judiciaire sont de nature à réguler les rapports privés : les mesures de réparation enjoignent aux acteurs de collaborer et de discuter pour créer des mécanismes procéduraux assurant la cessation des violations ainsi qu'une promotion du respect des droits de la personne. Il s'agit alors d'un retour vers les destinataires de la norme qui sont appelés à déterminer eux-mêmes son sens dans leur contexte particulier. Cette action sur l'effectivité sociale constitue une forme de réflexivité, au sens des travaux de Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, pour la détermination du sens de la norme antidiscriminatoire dans une perspective de lutte contre la discrimination.

Au même titre que l'interprétation de la disposition antidiscriminatoire, la réparation doit être déterminée selon une interprétation large et libérale⁴⁹¹. L'article 80 de la *Charte québécoise* prévoit que la CDPDJ peut saisir un tribunal pour « obtenir, compte tenu de l'intérêt public, toute mesure appropriée contre la personne en défaut ou pour réclamer, en faveur de la victime, toute mesure de redressement qu'elle juge alors adéquate ». Lucie Lamarche affirme que :

« Certains trouvent dans la lecture combinée des articles 49 et 80 de la [*Charte québécoise*] (placés sous des rubriques distinctes) le fondement d'une infinité de possibilités d'ordonnances transformatives et systémiques pouvant être rendues par le

⁴⁸⁹ *Orientations générales du Tribunal des droits de la personne*, supra note 20 au para 1.2.

⁴⁹⁰ *Ibid* au para 1.3; *Communauté urbaine de Montréal*, supra note 81; *Commission scolaire des Phares c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2012 QCCA 988 au para 192 [*Commission scolaire des Phares (CA)*].

⁴⁹¹ Lavigne, supra note 467 à la p 75.

[TDPQ], et ce, malgré la relative rareté de plaintes de discrimination systémique soumises à l'attention de ce dernier. »⁴⁹²

Ces ordonnances de nature transformative et systémique visent à agir sur la « réalité » sociale pour supprimer les discriminations. C'est d'ailleurs ce que la Cour suprême préconisait dans l'arrêt *Action travail des femmes* en 1987 :

« Lorsque les fondements théoriques des programmes d'équité en matière d'emploi sont énoncés, il appert rapidement que, lorsqu'on tente de combattre la discrimination systémique, il est essentiel de s'attaquer aux anciens régimes discriminatoires et de les détruire afin d'empêcher à l'avenir la résurgence de cette même discrimination. C'est pour cette raison que, dans sa formulation, l'ordonnance de mesures spéciales temporaires par le tribunal peut paraître "réparatrice". »⁴⁹³

Par conséquent, les ordonnances de nature systémique visent à déconstruire les systèmes d'oppression pour réaliser l'objet de lutte contre les discriminations.

Si l'objet de la *Charte québécoise* est de supprimer la discrimination, Béatrice Vizkelety insiste également sur l'objectif correspondant de prévention de la discrimination⁴⁹⁴. La Cour suprême a confirmé les prétentions de la CDPDJ dans l'affaire *Bombardier* selon lesquelles « la Charte confère [...] le pouvoir de rendre des ordonnances qui dépassent le cadre d'un litige particulier et visent à prévenir la discrimination pour l'avenir »⁴⁹⁵. Il est toutefois important de noter que la Cour suprême a restreint l'étendue de ce pouvoir aux questions sous la compétence du TDPQ dans l'affaire *Mouvement laïque québécois*⁴⁹⁶.

Dans le cadre particulier de discrimination systémique en emploi, Béatrice Vizkelety énonce que :

« Une approche principalement axée sur la situation individuelle du plaignant sans trop tenir compte du contexte ou de l'environnement dans lequel la

⁴⁹² Lucie Lamarche, *supra* note 462 à la p 310.

⁴⁹³ *CN c Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 RCS 1114 à la p 1145 [*Action Travail des Femmes*].

⁴⁹⁴ Lavigne, *supra* note 467 à la p 76.

⁴⁹⁵ *Bombardier (CSC)*, *supra* note 89 au para 103.

⁴⁹⁶ *Ville de Saguenay*, *supra* note 78 au para 156.

discrimination a pris naissance en est une qui contribue au maintien d'une compréhension inexacte des objectifs de la Charte et des obligations juridiques de l'employeur en matière d'égalité. »⁴⁹⁷

Une approche collective « dans une visée de modification des comportements, s'apparentant plus à la promotion de droits fondamentaux qu'à leur simple sanction »⁴⁹⁸ constitue une mesure de régulation. Le TDPQ a rendu diverses ordonnances mandatoires qui renvoient à cet objectif de participation des acteurs à la régulation sociale lorsque ceux-ci interagissent dans un même milieu de vie ou de travail. Il revient alors aux acteurs de se doter de codes de conduites ou de politiques, s'assurant ainsi de donner un sens commun à la norme antidiscriminatoire. Il s'agit de mesures à caractère systémique et inclusive.

Parmi les exemples où le TDPQ a ordonné de mettre en œuvre une politique contre la discrimination, l'on retrouve plusieurs décisions relatives au milieu de travail⁴⁹⁹. Dans une affaire où une partie des employés étaient syndiqués, le TDPQ a émis une ordonnance similaire à l'égard des employés non syndiqués et a ajouté :

« [...] En ce qui concerne les employés faisant partie d'une accréditation syndicale, le Tribunal considère qu'il est préférable de laisser à l'employeur et au syndicat – qui n'est pas partie aux procédures devant le Tribunal – le soin de convenir des politiques qui leur paraissent appropriées à ce sujet, étant entendu que les employés concernés ne sont pas privés des droits et recours que la Charte met à leur disposition. »⁵⁰⁰

La politique ainsi mise en place devait ensuite être communiquée à la CDPDJ⁵⁰¹.

Dans l'affaire *Gaz métropolitain*, le jugement de première instance ordonnait « **DE METTRE SUR PIED** un comité pour contrer le harcèlement sexuel et sexiste au travail qui comporte une représentation de femmes Préposées réseau/Stagiaires réseau ainsi que de la

⁴⁹⁷ Lavigne, *supra* note 467 à la p 81.

⁴⁹⁸ Louise Lalonde, « L'application de la *Charte des droits et libertés de la personne* dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux. Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu » [2006] *Revue du Barreau* / Numéro thématique hors série 321 à la p 347.

⁴⁹⁹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Remorquage Sud-Ouest (9148-7314 Québec inc)*, 2010 QCTDP 12 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Innvest Hotels GP II Ltd (Boucherville Comfort Inn par Journey's End)*, 2013 QCTDP 31 [*Innvest Hotels*].

⁵⁰⁰ *Innvest Hotels*, *supra* note 499 au para 79.

⁵⁰¹ *Ibid* au para 85.

direction de l'entreprise ». Selon le TDPQ, cette ordonnance était rendue « dans l'optique de favoriser le développement, chez Gaz Métro, d'une culture institutionnelle plus sensible aux aspects tantôt plus insidieux, tantôt plus apparents de la discrimination systémique en emploi envers les femmes »⁵⁰². Pourtant, la Cour d'appel estime que l'ordonnance est « insuffisamment motivée et sa pertinence très lointaine par rapport à la preuve »⁵⁰³. Elle choisit ainsi de modifier l'ordonnance en recommandation, sans les effets exécutoires assurant un effet dans le « réel »⁵⁰⁴. Une mesure similaire exigeait la mise sur pied d'un programme favorisant l'intégration des travailleurs immigrants dans l'affaire *Calego International*⁵⁰⁵. La Cour d'appel a également modifié cette ordonnance en recommandation, considérant qu'elle posait problème sans plus d'explication.

Dans la décision de première instance dans l'affaire de la *Commission scolaire des Phares*, le TDPQ avait rendu des ordonnances en considération de l'intérêt public qui s'inscrivait dans un retour vers les destinataires, notamment :

« **ORDONNE** à la Commission scolaire des Phares, dans l'intérêt public, de modifier sa Politique sur l'organisation des services aux élèves handicapés ou en difficulté d'adaptation ou d'apprentissage, SE-02-08-27, afin qu'elle soit conforme à la *Politique de l'adaptation scolaire* du ministère de l'Éducation de 1999 et à l'interprétation de la Cour d'appel du Québec, en affirmant clairement que l'orientation fondamentale des services adaptés aux élèves présentant une déficience intellectuelle ou un handicap ou des difficultés d'adaptation ou d'apprentissage doit d'abord être envisagée dans la classe ordinaire, pour les avantages que cela procure généralement et ce, dans un délai de 60 jours ; [...]

ORDONNE à la Commission scolaire des Phares, en collaboration avec la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse de mettre sur pied un comité chargé d'élaborer et superviser l'implantation de toutes les mesures nécessaires visant à favoriser la réussite de l'intégration en classe ordinaire des élèves

⁵⁰² *Gaz métropolitain (QC TDP)*, *supra* note 461 au para 535.

⁵⁰³ *Gaz métropolitain (QCCA)*, *supra* note 190 au para 89.

⁵⁰⁴ *Ibid* au para 90.

⁵⁰⁵ *Calego international*, *supra* note 110; *Calego International inc c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 924 [*Calego (CA)*].

présentant une déficience intellectuelle ou un handicap et ce, dans un délai de 60 jours ; »⁵⁰⁶

La Cour d'appel a accueilli l'appel et rejeté le jugement de première instance. Elle a néanmoins choisi d'étudier les ordonnances rendues par le TDPQ. La Cour d'appel estime que le caractère exécutoire de la première ordonnance est « douteux ». Elle ajoute que :

« Au surplus, il est vrai que le Tribunal peut faire preuve de créativité dans la détermination des mesures de réparation appropriées, mais il doit également s'efforcer de respecter la séparation des fonctions entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire et les rapports qui existent entre ces trois pouvoirs. »⁵⁰⁷

La Cour d'appel ne considère pas les ordonnances rendues sont justifiées par la situation, surtout au regard de la violation personnelle des droits de l'enfant dans cette affaire.

Lucie Lamarche estime que la Cour d'appel tend à restreindre les ordonnances du TDPQ ayant un potentiel transformateur en les ramenant à des réparations individuelles⁵⁰⁸. Il y a ainsi une résistance à l'adoption de mesures de redressement collective dont l'objet est justement de prévenir une situation discriminatoire⁵⁰⁹.

Nous considérons que des conclusions inclusives, systémiques et dans l'intérêt public s'inscrivent dans une approche intersectionnelle en vue d'élargir la réception de l'effectivité sociale. Dans un premier temps, elles ordonnent de négocier des modalités d'application de la norme reflétant l'effectivité sociale dans un milieu particulier. Le renvoi aux destinataires de la détermination du sens de la norme assure la prise en compte des dynamiques de privilèges et d'oppression spécifiques au contexte. Elle permet aux acteurs de questionner la norme à partir de leur perspective personnelle et de déconstruire les dynamiques d'interaction. Le tribunal peut conserver un rôle essentiel en offrant les lignes directrices pouvant guider cette détermination tel que cela a été fait dans les conclusions de *Commission scolaire des Phares*. Il pourrait ainsi

⁵⁰⁶ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Commission scolaire des Phares*, 2009 QCTDP 19.

⁵⁰⁷ *Commission scolaire des Phares (CA)*, *supra* note 490 au para 192.

⁵⁰⁸ Lucie Lamarche, *supra* note 462 à la p 311.

⁵⁰⁹ Lavigne, *supra* note 467 à la p 85.

éclairer les aspects intersectionnels d'un contexte particulier dans sa décision. Ces éléments intersectionnels pourraient alors être mobilisés par les destinataires de la norme pour qu'ils en construisent le sens le plus près de leur « réalité » sociale. En outre, les normes ainsi négociées peuvent être communiquées et soumises au TDPQ ou à la CDPDJ pour assurer qu'elles correspondent aux exigences de la norme. Rappelons que la CDPDJ s'est également vu octroyer un rôle de promotion des droits⁵¹⁰ qui pourrait s'inscrire dans une politique intersectionnelle, similaire à celle de la Commission des droits de la personne de l'Ontario.

Dans un deuxième temps, les normes incitatives et promotionnelles ainsi négociées visent à lutter contre la discrimination telle qu'elle est effective dans le social. Il est possible de présumer qu'une distinction fondée sur un facteur qui n'est pas interdit dans la *Charte québécoise*, mais qui est réprouvé dans la « réalité » sociale, pourrait être considéré comme de la discrimination prohibée par ces normes négociées. Il y aurait ainsi élargissement par le rejet d'un certain essentialisme issu de la catégorisation stricte de la *Charte québécoise*. Des normes de cette nature sont plus opportunes pour appréhender des identités complexes pour lesquelles le système crée des oppressions particulières au contexte. De par leur nature incitative ou promotionnelle, elles s'inscrivent adéquatement dans la poursuite de l'objet de lutte contre la discrimination.

ii. *La détermination de l'obligation d'accommodement raisonnable*

Un autre exemple de régulation des rapports privés par les destinataires de la norme est celui de l'obligation d'accommodement raisonnable. L'obligation d'accommodement raisonnable est implicite à la norme d'égalité⁵¹¹. Sa limite est atteinte lorsque l'accommodement constituerait

⁵¹⁰ Voir *Infra* Partie I (A)(iii).

⁵¹¹ Pierre Bosset, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable » dans Pierre Bosset et Myriam Jézéquel, dir, *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où?: des outils pour tous*, Cowansville, Québec, Yvon Blais, 2007 à la p 4, en ligne : Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où?: des outils pour tous <http://www.cdpedj.qc.ca/Publications/accommodements_fondements_juridiques.pdf>.

une contrainte excessive. Il s'agit d'une obligation applicable à tous les motifs de discrimination et dans une multitude de secteurs d'activités⁵¹².

L'obligation d'accommodement raisonnable a parfois été considérée comme une mesure individualisée⁵¹³. Néanmoins, le concept s'est développé par une conception de la discrimination « axée sur la prise en compte des systèmes institutionnels »⁵¹⁴. Suivant l'affaire *Meiorin* ayant élaboré sur la discrimination systémique⁵¹⁵, l'on peut toutefois discerner une conception plus globale de l'obligation en ce qu'elle constitue une approche inclusive de l'égalité⁵¹⁶. C. Sheppard estime que des efforts d'accommodements bien développés peuvent transformer les attitudes en milieu de travail et que les tribunaux commencent à interpréter cette obligation comme un processus de transformation des valeurs dominantes en normes plus inclusives⁵¹⁷.

L'obligation d'accommodement raisonnable s'inscrit dans une approche intersectionnelle en ce qu'elle vise à déconstruire les rapports d'oppressions, d'une façon similaire aux ordonnances d'intérêt public. Pierre Bosset estime que :

« Si l'obligation d'accommodement raisonnable trouve à s'appliquer à d'autres motifs que la religion, son application à de nouveaux motifs encore inexploités, ou à des combinaisons de motifs, reste également possible. L'usage du concept d'accommodement raisonnable en matière de condition sociale pourrait fournir des illustrations inédites du potentiel subversif du droit à l'égalité, évoqué plus haut, dans un domaine où la pauvreté est souvent un obstacle à l'exercice des droits, comme l'accès aux biens et services destinés au public. De même, n'est pas à exclure, à notre avis, l'application du concept d'accommodement raisonnable dans une situation de confluence ou « intersectionnalité » de motifs de discrimination. »⁵¹⁸

L'obligation d'accommodement raisonnable existe pour les acteurs avant que sa portée dans un contexte particulier soit déterminée par la pratique judiciaire. Les acteurs sont ainsi soumis à cette

⁵¹² *Ibid* aux pp 6-7.

⁵¹³ Vizkelety, *supra* note 468 à la p 59.

⁵¹⁴ Bosset, *supra* note 511 à la p 3.

⁵¹⁵ *Meorin*, *supra* note 90.

⁵¹⁶ Lavigne, *supra* note 467 à la p 60.

⁵¹⁷ C Tess Sheldon, « It's not working : Barriers to the inclusion of workers with mental health issues » (2011) 29 Windsor YB Access Just 163 à la p 167.

⁵¹⁸ Bosset, *supra* note 511 à la p 7.

norme indéterminée et doivent s'assurer de prendre en compte la « réalité » intersectionnelle dans leur milieu pour négocier les mesures inclusives prévenant et/ou supprimant des situations de discriminations. Si elle est saisie d'une telle question, la pratique judiciaire doit ainsi être en mesure de déterminer un sens qui correspond à cette « réalité » des dynamiques d'oppressions simultanées pour réaliser l'objet de la *Charte québécoise*.

Un exemple concret de mesures d'accommodement raisonnable qui gagnerait à être considéré dans une perspective multidimensionnelle et intersectionnelle est celui du handicap et du moyen pour le pallier. Le service-conseil en matière d'accommodement raisonnable de la CDPDJ guide les entreprises, organisations et syndicats dans leur obligation d'accommodement raisonnable. Du 1^{er} avril 2014 au 31 mars 2015, ils ont traité et complété 120 demandes dont 71 % dans le secteur privé⁵¹⁹. Parmi celles-ci, 60 % des demandes relevaient du motif de handicap, le motif suivant étant de 33 % pour la religion⁵²⁰. Puisque le handicap est un des motifs de discrimination les plus fréquemment invoqués, principalement en milieu de travail et dans l'accès aux lieux publics, il apparaît que les mesures d'accommodement raisonnable inclusives sont en demande pour répondre à ces situations vécues. Le handicap a déjà été reconnu comme un motif devant être compris à la lumière d'une interprétation multidimensionnelle⁵²¹. M. Richard Lavigne, directeur général de la Confédération des organismes provinciaux de personnes handicapées du Québec estime que l'environnement façonne le handicap :

« De plus en plus d'intervenants s'entendent pour définir les « situations de handicap » comme le résultat de l'interaction entre ce qui appartient à la personne (ex. : l'incapacité de marcher) et ce qui appartient à l'environnement (ex. l'accès à une bâtisse par des escaliers). »⁵²²

Outre l'accessibilité physique et matérielle, nous estimons que l'environnement peut également être lié à un fonctionnement institutionnel particulier ou à des dynamiques établis. Une

⁵¹⁹ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2014-2015*, 2015 à la p 73, en ligne : <http://www.cdpcj.qc.ca/Publications/RA_2014_2015.pdf>.

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ *Ville de Montréal et Ville de Boisbriand*, *supra* note 84.

⁵²² Lavigne, *supra* note 467 à la p 283.

problématique liée à l'environnement exige ainsi des mesures d'accommodements qui pourront être qualifiées de raisonnables si elles constituent des mesures systémiques, inclusives et tenant compte des rapports systémiques issus de l'environnement. L'adoption de telles mesures nous apparaît comme nécessitant un regard intersectionnel sur l'environnement, dans le sens du contexte, et la problématique qu'il crée. La Commission ontarienne des droits de la personne, ayant adopté une approche intersectionnelle de la discrimination, abonde dans le sens d'une obligation d'accommoder les personnes vivant de la discrimination en raison d'identités complexes⁵²³.

Le système québécois de protection des droits de la personne a été institué afin d'assurer la réalisation de l'objet de suppression des discriminations, se distinguant des lois ne visant qu'à réparer un préjudice personnel et isolé. Pour agir sur les systèmes de discriminations existants dans la réalité, il est ainsi essentiel d'assurer que le TDPQ, et la CDPDJ, puissent mettre en œuvre des mesures systémiques et inclusives. Ces mesures doivent répondre adéquatement aux dynamiques sociales d'oppressions qu'ils constatent dans la détermination du sens de la norme antidiscriminatoire. Cette prise en compte de la complexité et de la simultanéité du contexte macrosocial et l'action inclusive et systémique conséquente sur la régulation sociale amplifiera ainsi le potentiel de l'exigence d'effectivité. Parallèlement, il importe de se questionner sur le pendant de cet objet, soit les possibilités d'étendre la réception au regard du respect de la dignité.

II. L'ÉLARGISSEMENT DE LA RÉCEPTION JURIDIQUE DE L'EXPÉRIENCE VÉCUE VERS LE RESPECT DE LA DIGNITÉ

Outre la promotion de l'égalité, par la suppression des discriminations, le second objet de la *Charte québécoise* que nous aborderons est le respect de la dignité, dont la détermination du sens de la norme exige la réalisation. Nous considérons que la réalisation du respect de la dignité est intimement liée à la reconnaissance de l'expérience vécue. L'élargissement de la réception en droit de l'expérience subjective vécue est permis par la considération de l'identité

⁵²³ Commission ontarienne des droits de la personne, *supra* note 104 à la p 28.

intersectionnelle de la victime lors de la détermination de l'acte discriminatoire (A), puis du préjudice subi (B).

A. La considération de l'identité intersectionnelle de la victime

La détermination du sens de la norme antidiscriminatoire québécoise, par la pratique judiciaire, s'inscrit généralement dans un cas d'espèce : une personne se considère victime d'une distinction, exclusion ou préférence fondée sur un motif, et ce, dans l'exercice d'autres droits garantis. La compréhension de l'expérience vécue se révèle comme arrière-plan nécessaire à la détermination du sens de la norme. En effet, nous proposons que l'exigence d'effectivité inhérente à la norme pose comme condition la reconnaissance de l'expérience vécue de la victime alléguée dans une perspective de respect de la dignité personnelle (i). Pourtant, cette détermination par la pratique judiciaire implique l'objectivation essentialiste de l'expérience, limitant la réception de la complexité de la « réalité » vécue par le droit. La prise en compte de l'identité intersectionnelle de la victime permettrait en certains points son élargissement (ii).

- i. *La reconnaissance de la dignité de la victime : une condition de la Charte québécoise pour appréhender l'expérience subjective vécue*

La pleine réalisation de l'exigence d'effectivité dans la prise en compte de la « réalité » microsociale doit être étudiée à la lumière de la dignité, comme principe, valeur et droit auquel la norme discriminatoire se rattache. Nous estimons que l'exigence de respect de la dignité dans la prise en compte de l'effectivité microsociale implique une reconnaissance de l'expérience vécue comme étant irréductible et complexe. Il ne s'agit toutefois pas d'ajouter un fardeau de prouver l'atteinte à la dignité, ni de l'inclure comme critère de détermination d'un acte discriminatoire.

La dignité est une notion polysémique et indéterminée qui, selon Christian Brunelle, se révèle sous trois sens. Le premier réfère au statut social, souvent rattaché à une fonction ou rang social auquel est rattaché un certain prestige⁵²⁴. La personne peut la perdre ou l'acquérir de façon

⁵²⁴ Christian Brunelle, « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale » (2006) 66:5 R du B 143 à la p 148.

variable au cours de sa vie. Le second sens est celui de la dignité personnelle⁵²⁵. Dans sa dimension morale, elle réfère aux vertus d'une personne qui observe un comportement qualifiable de digne. Dans sa dimension corporelle, elle se manifeste dans le contrôle de l'individu sur son corps et son image. Cette dignité personnelle se retrouvera ainsi chez tous les individus, sans distinction de rang social ou de fonction sociale. Le troisième sens de la dignité représente son caractère fondamental et universaliste :

« Ainsi entendue, la dignité n'est pas tant acquise qu'innée, voire « ontologique ». La seule appartenance d'une personne au genre humain suffit alors pour lui conférer une dignité, sans égard aux agissements qu'elle pose ou aux actes qu'elle subit, « indépendamment de tout ce qui extérieurement et intérieurement peut l'avilir, l'humilier, ou la détruire ». En ce sens, toute personne humaine est également digne. »⁵²⁶

La dignité est conséquemment inhérente à la personne humaine et constituerait « le fondement ultime des droits et libertés de la personne »⁵²⁷. Dans son sens universel, la dignité n'est pas octroyée, mais elle est reconnue chez tous les humains, en toute égalité et sans considération des catégorisations⁵²⁸.

La *Charte québécoise*, dans son préambule, rappelle cette conception universaliste de la dignité comme fondement aux droits et libertés. Celui-ci énonce que « tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques », puis établit le principe selon lequel « tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité ». Que la dignité soit une valeur ou un principe sous-jacent, elle constitue certainement un fondement transcendant la *Charte québécoise*⁵²⁹.

« Le préambule constitue en cela un « guide » susceptible de produire « d'importants effets juridiques » non seulement en facilitant l'interprétation des « termes ambigus » de la *Charte québécoise* mais en favorisant l'observance des « principes

⁵²⁵ *Ibid* à la p 149.

⁵²⁶ *Ibid* à la p 150.

⁵²⁷ *Ibid* à la p 152.

⁵²⁸ Isabelle Martin, « Reconnaissance, respect et sollicitude : vers une analyse intégrée des exigences de la dignité humaine » (2010) 15:2 Lex Electronica.

⁵²⁹ *St-Ferdinand*, *supra* note 66; *Transport en commun La Québécoise inc*, *supra* note 118 au para 31; Martin, *supra* note 528 à la p 5; Brunelle, *supra* note 524 à la p 154.

fondamentaux qui sont à la source même des dispositions substantielles » du texte quasi constitutionnel. »⁵³⁰

Le respect et la reconnaissance de la dignité est un principe sous-tendant les droits et libertés, dont le droit à l'égalité⁵³¹. Il est essentiel de distinguer cette conception de la dignité en vertu de la *Charte québécoise* des développements suivant l'arrêt *Law* en vertu de la *Charte canadienne*⁵³².

La sauvegarde de sa dignité est également un droit à part entière en ce qu'il est protégé par l'article 4 de la *Charte québécoise*. La *Charte québécoise* ne confère pas de droit à la dignité puisqu'elle existe déjà chez chaque être humain selon une conception universaliste. Il s'agit plutôt d'un droit à sa sauvegarde, notamment par sa reconnaissance et son respect. Conformément à l'article 10 de la *Charte québécoise*, toute personne a droit de jouir de la sauvegarde de sa dignité sans distinction fondée sur un motif interdit.

À titre d'exemple, dans les cas de propos discriminatoire, les plaignants soulèvent la violation des articles 4 et 10 de la *Charte québécoise*⁵³³. Eu égard aux droits dont l'exercice est compromis en vertu de l'article 10, il est fréquent que les demandeurs soumettent l'atteinte à la dignité au surplus de la violation d'un autre droit plus « tangible » tel que l'accès à un lieu accessible au public ou l'embauche sans discrimination⁵³⁴. En outre, la distinction, exclusion ou préférence fondée sur un motif interdit a parfois été considérée comme constituant en soi une atteinte à la

⁵³⁰ Brunelle, *supra* note 524 à la p 155.

⁵³¹ *Commission des droits de la personne c Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1995] 1995 CanLII 2814 ((QC TDP)) [*Centre d'accueil Villa Plaisance*]; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Giannias*, 2011 QCTDP 20 au para 25; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Poulin*, [2001] 2001 CanLII 90 au para 32; Brunelle, *supra* note 524 à la p 155.

⁵³² Voir Proulx, *supra* note 184.

⁵³³ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Giannias*, *supra* note 531; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Québec (Procureure générale) (Ministère de la Sécurité publique)*, 2015 QCTDP 20 [*Québec (P.G.) (Ministère de la Sécurité publique)*].

⁵³⁴ Voir tableau Annexe I, les droits et libertés fondamentaux, notamment la dignité sont presque systématiquement invoqués, peu importe le motif.

dignité de la personne⁵³⁵. L'atteinte à la dignité est ainsi au cœur de la détermination des effets de la distinction dans plusieurs plaintes de discrimination.

Par conséquent, la dignité présente une dimension subjective appelant à la prise en compte de l'expérience vécue dans la détermination du sens de la norme antidiscriminatoire québécoise. Malgré la conception universaliste de la *Charte québécoise*, nous estimons que le sens de la dignité dans sa dimension personnelle doit être considéré. Nous sommes en accord avec le constat d'Isabelle Martin selon lequel la simple reconnaissance de la dignité universelle pose le risque de ne pas reconnaître l'expérience individuelle vécue⁵³⁶. Elle soulève l'importance d'y inclure la reconnaissance de la dignité personnelle dans toute sa complexité et ses aspects⁵³⁷ :

« La dignité humaine implique à la fois reconnaissance de la grandeur intrinsèque de l'être humain, respect de son autonomie morale et sollicitude envers sa vulnérabilité. Le caractère indéterminé de la dignité humaine prévient qu'on la retrouve enfermée dans une compréhension fixée, ce qui sied à l'essence indéfinissable de l'être humain. L'usage juridique de la dignité humaine se doit d'être comme l'humain, à la fois insaisissable et ancré dans la réalité. »⁵³⁸

La sauvegarde de la dignité, comme droit garanti ou comme principe sous-jacent à l'égalité, doit être déterminée par la prise en compte de l'expérience vécue par la victime de discrimination. Pourtant, malgré l'exigence de prise en compte de l'expérience subjective vécue inhérente à la détermination d'une atteinte à la dignité, il apparaît que celle-ci se heurte à l'objectivation et l'essentialisme, niant ainsi la complexité et l'irréductibilité. La compréhension de l'identité intersectionnelle permettrait d'élargir la réception de l'expérience personnelle en rejetant l'essentialisme et la hiérarchisation des facteurs et d'ainsi maximiser la réalisation de l'exigence vers la protection de la dignité.

⁵³⁵ Brunelle, *supra* note 524 à la p 158.

⁵³⁶ Martin, *supra* note 528 à la p 22.

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ *Ibid* à la p 30.

ii. *La prise en compte de l'identité intersectionnelle*

Les critères de détermination d'un acte discriminatoire sont spécifiquement rattachés à la victime sous deux aspects : l'étude du lien entre le motif et la distinction, exclusion ou préférence et la considération des effets préjudiciables résultant de ce geste d'exclusion. Saisir l'identité intersectionnelle de la victime de discrimination s'avère une entreprise complexe en ce qu'elle nécessite de se questionner sur des facteurs identitaires qui ne sont pas toujours flagrants et dont l'impact sur l'expérience n'est pas nécessairement explicite. Il demeure qu'il s'agit d'une façon d'amplifier la réalisation de l'exigence d'effectivité si cette prise en compte satisfait mieux la condition du respect de la dignité dans le passage de l'effectivité sociale au droit. Une telle approche intersectionnelle de l'expérience vécue serait mobilisable à deux moments de la détermination du sens de la norme antidiscriminatoire que nous avons soulevé comme étant limités par l'essentialisme et l'objectivation : aux fins de l'évaluation du lien (a) et de l'interprétation de l'effet préjudiciable sur la jouissance d'un droit (b).

a. Les facteurs multiples dans l'évaluation du lien entre la distinction et le motif

Dans un premier temps, la hiérarchisation des multiples facteurs d'un geste discriminatoire à l'égard d'une victime renforce la conception essentialiste de son expérience et en nie la complexité. La détermination de la discrimination exige de discerner un lien entre le motif interdit et la distinction, exclusion ou préférence, lien qui peut difficilement être isolable de l'ensemble des facteurs identitaires de la personne visée par la distinction.

Ce lien doit d'abord être distingué du lien entre la décision ou le geste en soi et le motif. À cet effet, Alexis Aubry affirme que :

« il serait erroné de soutenir qu'il s'agit de deux liens équivalents, utilisés de manière interchangeable et n'ayant en réalité aucune incidence concrète sur le fardeau de preuve. À cet égard, l'exigence d'un lien entre la décision d'exclure et le motif prohibé se situe en rapport avec l'intention du décideur. Il s'agit alors de prouver que ce dernier a fondé sa décision sur l'origine ethnique du plaignant, par exemple. Quant

à l'exigence d'un lien entre ce motif et l'exclusion subie, elle se situe plutôt en rapport avec les effets préjudiciables. »⁵³⁹

Cette distinction est importante pour assurer de ne pas ajouter un fardeau de prouver l'intention en exigeant d'établir un lien entre la décision et le motif. Le rejet de ce fardeau a été reconnu par la pratique judiciaire depuis la décision *O'Malley*⁵⁴⁰. L'emphase doit ainsi être placée sur le *lien* qui est l'un des facteurs dont découle l'effet de compromission d'un droit ou une liberté.

C'est dans l'arrêt *Bombardier* que la Cour suprême a récemment eu l'opportunité d'éclairer la notion de lien au sens des critères de détermination de la discrimination. Elle a affirmé que le lien entre l'exclusion et le motif doit être distingué du lien causal en matière de responsabilité civile :

« Or, les actions en matière de discrimination fondée sur la [*Charte québécoise*] n'exigent pas un rapport étroit. Conclure autrement reviendrait à faire abstraction du fait que, comme les actes d'un défendeur peuvent s'expliquer par une multitude de raisons, la preuve d'un tel rapport pourrait imposer un fardeau trop exigeant au demandeur. Certaines de ces raisons peuvent bien sûr justifier les actes du défendeur, mais c'est à ce dernier qu'il appartient d'en faire la preuve. En conséquence, il n'est ni approprié ni juste d'utiliser l'expression « lien causal » en matière de discrimination. »⁵⁴¹

Il est admis que le motif n'a pas à être le facteur déterminant de la distinction. En ce sens, la distinction peut découler de plusieurs facteurs qui ne correspondent pas nécessairement tous à des motifs définis par la *Charte québécoise*.

Dans l'arrêt *Bombardier*, la Cour suprême a affirmé que la preuve du lien entre la décision des autorités américaines et un motif permettait de déterminer l'acte discriminatoire. Elle a toutefois conclu qu'en l'occurrence la preuve circonstancielle présentée par la CDPDJ n'était pas suffisante pour démontrer que l'origine ethnique ou nationale avait joué un rôle dans

⁵³⁹ Alexis Aubry, « CDPDJ c Bombardier inc : réflexion sur le lien requis entre la différence de traitement et le motif illicite de discrimination » (2014) 44:2 RGD 505 à la p 512.

⁵⁴⁰ *O'Malley*, *supra* note 88; *Andrews*, *supra* note 123 à la p 173; *Ville de Montréal et Ville de Boisbriand*, *supra* note 84 au para 35; *Bombardier (CSC)*, *supra* note 89 au para 40.

⁵⁴¹ *Bombardier (CSC)*, *supra* note 89 au para 51.

la décision défavorable⁵⁴². Elle précise que l'ensemble de la preuve ne permettait pas de déceler les raisons ayant mené au refus :

[83] Étonnamment, la seule preuve directe portant sur les motifs de la décision du DOJ provient du témoignage de M. Latif lui-même. En effet, au dire de ce dernier, l'approbation de sécurité lui a été refusée en raison d'une erreur d'identité, ce que lui aurait confirmé au téléphone une agente de la TSA. Bombardier plaide que c'est l'erreur d'identité, et non l'origine ethnique ou nationale de M. Latif, qui explique le refus des autorités américaines. Le Tribunal a toutefois rejeté cette hypothèse, ajoutant que, même si une telle erreur était à l'origine de la décision du DOJ, selon la prépondérance des probabilités elle découlait de l'application de programmes discriminatoires et de profilage racial, puisque les processus de vérification de sécurité peuvent entraîner des résultats qualifiés de « faux positifs ».

[84] Force est donc de constater que la Commission n'a pas réussi à convaincre le Tribunal de l'existence d'une preuve directe du motif véritable de la décision américaine. Ainsi, pour être raisonnablement justifié de conclure qu'il y avait eu discrimination à l'endroit de M. Latif, le Tribunal devait pouvoir s'appuyer sur des éléments de preuve circonstancielle. À notre avis, cette preuve est insuffisante en l'espèce.⁵⁴³

[Nos soulignés]

L'ambiguïté est ainsi maintenue puisque la preuve directe du motif véritable semble exiger une démonstration, au regard des faits et valeurs, qui se rapporte clairement à un motif de discrimination. En l'espèce, la Cour suprême rejette la preuve circonstancielle considérée par le TDPQ qui se rapporte aux programmes discriminatoires et au profilage racial, soit au contexte macrosocial dans lequel l'exclusion a été réalisée. Dans un contexte d'interaction indivisible entre divers facteurs, dont certains ne correspondent pas à des motifs interdits, il pourrait devenir difficile de faire une telle preuve directe et claire, qui pourrait s'apparenter à une preuve d'intention. En outre, l'interprétation juridique consacrée théoriquement par la Cour suprême du lien n'apparaît pas comme exigeant cette démonstration, surtout dans le cadre d'une discrimination indirecte comme dans l'affaire *Bombardier*⁵⁴⁴. Cet arrêt n'a donc pas apporté un

⁵⁴² *Ibid* au para 81.

⁵⁴³ *Ibid* au para 83 et 84.

⁵⁴⁴ Proulx, *supra* note 38 à la p 75.

éclairage approfondi sur la notion de lien et la façon de l'établir : si elle reconnaît les multiples facteurs aux fins de réception du contexte subjectif de discrimination, elle exige une démonstration objective des faits et valeurs soutenant la distinction en lien clair avec le motif.

La reconnaissance des multiples facteurs vise plutôt à écarter la justification de la distinction sur un autre facteur lorsque celle-ci est également fondée sur un motif interdit. Son potentiel pour appréhender la complexité de l'expérience par la prise en compte de l'interaction de divers facteurs et motifs reconnus n'est pas exploité. Il s'agit surtout d'une façon d'alléger le fardeau de preuve de la victime. Celle-ci n'a pas à expliquer toute la complexité du lien dès qu'elle est en mesure de démontrer le fondement sur un motif interdit. Stratégiquement, toutes les énergies de la démonstration se concentrent sur cette preuve, et ce, peu importe la « réalité » de l'expérience vécue. Par ailleurs, il s'agit d'une façon d'éviter à la victime de devoir déconstruire toute justification de la défense de l'auteur. L'auteur ne peut invoquer comme moyen de défense qu'il y avait d'autres facteurs de décisions qui n'étaient pas discriminatoires au sens de la norme, évitant ainsi à la victime de devoir démontrer que le motif avait un poids prépondérant dans la distinction ou que les autres facteurs invoqués ne sont pas pertinents.

Au final, la seule exigence par la pratique judiciaire est de démontrer le fondement sur l'un des motifs. La conception moniste et essentialiste est ainsi suffisante au raisonnement, la réception juridique des facteurs multiples excluant ceux qui ne sont pas reconnus comme interdits ou qui sont considérés comme subordonnés au motif interdit. Même s'ils sont identifiés, ils ne sont pas mobilisés dans la détermination du lien, puis, de l'effet de l'acte.

Pourtant, l'expérience vécue de discrimination est difficilement isolable des interactions entre divers facteurs et motifs formant l'identité de la personne opprimée selon une approche intersectionnelle. Le respect de sa dignité exigerait ainsi de reconnaître la complexité de son expérience vécue, en dressant un portrait adéquat des intersections subjectivement déterminées au moment de la discrimination. La pratique judiciaire n'a jamais rejeté l'idée que plusieurs facteurs pouvaient être pris en considération dans l'explication du lien entre la distinction et le motif puisque ce dernier n'a pas à être déterminant dans la décision ou le geste. Néanmoins, il est

obligatoire de faire ce lien avec un motif interdit en vertu de la *Charte québécoise*. Les autres facteurs analysés devront ainsi permettre d'expliquer ce lien entre la distinction et le motif pour être inclus au raisonnement sans nier l'irréductibilité et la complexité de l'expérience vécue.

b. La détermination des effets préjudiciables dans l'exercice des droits et libertés selon le motif invoqué

Dans un second temps, les faits relatifs à l'atteinte aux droits de la victime sont également objectivés. La considération de l'effet préjudiciable au sens de la norme québécoise se réalise par l'application du critère de détermination de l'acte discriminatoire : « Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit »⁵⁴⁵. En effet, l'article 10 de la *Charte québécoise* ne peut être invoqué seul ; il doit être juxtaposé à un autre droit compromis par le traitement discriminatoire. Le contexte spécifique de l'acte discriminatoire doit donc être étudié à la lumière de l'effet sur un droit de la personne, intrinsèquement lié à l'expérience individuelle.

La première forme d'objectivation que nous soulevons résulte de l'assimilation de l'expérience subjective vécue à une expérience universelle automatiquement prédéterminée par le motif invoqué. Effectivement, l'expérience de la victime n'est pas questionnée de façon subjective dans l'analyse de la discrimination. Elle est considérée correspondante à celle du groupe « dominé » dans la catégorie dite objective et neutre qu'est le motif interdit.

La seconde forme d'objectivation est liée à la nature des droits et libertés dont l'exercice est invoqué comme étant détruit ou compromis. Il apparaît que le contexte dans lequel l'acte discriminatoire est réalisé est appréhendé selon un sens commun objectif selon la nature des droits invoqués. À titre d'exemple, l'annexe I présente un tableau recensant les motifs invoqués et la nature des droits compromis selon les données des bilans d'activités du TDPQ, de 2010 à 2014. Il est utile de noter que le TDPQ a regroupé les motifs de race, couleur et origine ethnique ou nationale ainsi que ceux de handicap et de moyen de le pallier. Notre analyse de ce tableau

⁵⁴⁵ *Charte des droits et libertés de la personne*, supra note 14, art 10.

démontre que tous les motifs touchent de façon importante aux libertés et droits fondamentaux, principalement le droit à la sauvegarde de sa dignité. Le handicap et le moyen d'y pallier est le motif qui est invoqué le plus souvent dans plusieurs domaines : emploi et embauche, actes juridiques et accès aux lieux publics. La race, couleur et origine ethnique ou nationale reviennent également dans tous ces domaines. Ce sont également les deux regroupements de motifs les plus invoqués dans les dossiers ouverts pour enquête devant la CDPDJ depuis 2011, en forte majorité dans le milieu du travail⁵⁴⁶. La condition sociale se révèle être un motif fréquemment dans la conclusion d'acte juridique : la plupart des cas portant sur les baux de logement. L'âge se restreint surtout au milieu de l'emploi. Le sexe est plutôt isolé dans la colonne des droits fondamentaux, dans les cas d'atteinte à la dignité et de harcèlement sexuel.

La critique de l'essentialisme par la catégorisation et la hiérarchisation de facteurs identitaires s'inscrit dans une recherche de compréhension de la complexité et de l'irréductibilité d'une expérience subjective vécue. Cette compréhension de la « réalité » a pour objet d'assurer la reconnaissance de la dignité intrinsèque des personnes. Un moyen d'élargir cette réception de l'expérience vécue réside sans doute dans le raisonnement interprétatif, notamment dans les décisions du TDPQ. Si divers facteurs sont soulevés dans la preuve factuelle ou dans l'analyse des faits par le tribunal, ceux-ci sont rarement mobilisés pour déterminer le sens de la norme.

Pourtant, la création du TDPQ s'inscrit dans une volonté de meilleure réception de l'effectivité sociale. En 1988, la Commission des institutions avait recommandé la création d'un tribunal spécialisé relativement aux droits de la personne dans son rapport final :

« Les membres d'un tribunal spécialisé des droits de la personne, étant normalement plus sensibilisés aux questions de discrimination et d'exploitation, devraient donc être mieux préparés pour statuer sur une plainte que les juges de cour ordinaire moins bien informés de la réalité de certains milieux. C'est pourquoi un tel tribunal devrait être

⁵⁴⁶ Voir Annexe II.

composé d'individus possédant une expertise en droits et libertés et dont la pratique aura démontré qu'ils partagent les objectifs de la Charte. »⁵⁴⁷

En ce sens, la création d'un tribunal spécialisé répondait à des exigences de prise en compte de la réalité des victimes afin de garantir une véritable compréhension des questions complexes de discrimination. Les juges et assesseurs du TDPQ doivent ainsi être sélectionnés notamment en raison d'une « sensibilisation et un intérêt marqués en matière des droits et libertés de la personne »⁵⁴⁸.

Il revient ainsi au TDPQ d'assurer un développement d'un corpus jurisprudentiel embrassant la réalité de la discrimination. Ses orientations générales énoncent que : « les droits et libertés de la personne prévus à la Charte s'interprètent de façon dynamique, en tenant compte du contexte factuel et de l'évolution de la société »⁵⁴⁹. Coutu et Bosset expliquent la particularité de la jurisprudence du TDPQ en matière d'égalité comme suit :

« Ce n'est pas la Cour d'appel qui assume le rôle d'instance énonciatrice du droit relatif aux libertés et droits de la personne. En matière de droit à l'égalité, ce rôle revient de fait au Tribunal des droits de la personne du Québec, qui interprète, applique et délimite la portée effective du droit à l'égalité et fréquemment, par ce biais, des normes fondamentales que renferme la Charte et ce, dans un dialogue constant avec la jurisprudence pertinente de la Cour suprême. Celle-ci rendant des décisions qui, pour la plupart, s'inscrivent dans un contexte normatif et sociojuridique différent de celui du Québec, le Tribunal bénéficie, à travers ce dialogue, d'une marge d'interprétation qui se révèle nécessairement fort large. De ce dialogue, la Cour d'appel, sauf références obligées ou sélectives, est singulièrement absente. »⁵⁵⁰

En ce sens, le TDPQ est en mesure de jouer un rôle de premier plan dans le développement de raisonnement intersectionnel en raison de la marge d'interprétation lui étant accordée pour la réception de l'effectivité sociale.

⁵⁴⁷ Québec, Assemblée nationale, *Examen des orientations, des activités et de la gestion de la Commission des droits de la personne du Québec*, Rapport final de la Commission des institutions, 2^e sess., 33^e légis., juin 1988, p. 51.

⁵⁴⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 14, art 101.

⁵⁴⁹ *Orientations générales du Tribunal des droits de la personne*, *supra* note 20, art 1.1.

⁵⁵⁰ Coutu et Bosset, *supra* note 28 à la p 263.

Une interprétation intersectionnelle de l'expérience vécue devrait ainsi s'effectuer par un souci particulier de l'appréhender dans toute sa complexité et d'en expliciter le raisonnement dans les décisions. La preuve testimoniale des victimes doit ainsi prendre une importance particulière pour éclairer la subjectivité de l'expérience vécue. Les constats tirés de ce contexte subjectif doivent ainsi être mobilisés dans le raisonnement de détermination du sens de la norme.

L'expérience subjective vécue est reçue dans le droit en tant qu'expérience objective, neutre et commune aux autres expériences dans un contexte similaire. Il s'agit d'une limite essentialiste dans la considération du contexte subjectif de la discrimination qui transforme la perspective individuelle de la victime lorsqu'elle est reçue par le droit. Sans prétendre que la preuve des divers facteurs et effets en résultant doit être exigée comme critère obligatoire de détermination d'un acte discriminatoire, il nous apparaît que les tribunaux sont parfois amenés à les constater dans certains contextes. Lorsque de tels facteurs sont soulevés par le contexte factuel et de valeurs du cas spécifique, ils ne sont toutefois pas mobilisés pour comprendre la complexité de l'expérience subjective vécue. Il en résulte que la détermination du lien et des effets préjudiciables est limitée par cette conception essentialiste et objectivée, alors que la norme antidiscriminatoire québécoise présente une exigence de respect de la dignité par la reconnaissance de la subjectivité de l'expérience personnelle. En assurant la réception des complexités de l'expérience vécue et de son irréductibilité dans une perspective de respect de la dignité, une approche intersectionnelle permettrait de contrecarrer en partie ces limites. La pratique judiciaire serait alors plus à même de réparer le préjudice subi par la victime de façon à assurer la sauvegarde de sa dignité.

B. La détermination de la réparation adéquate selon le préjudice subjectif vécu

L'expérience subjective vécue est au cœur de la détermination du préjudice subi, et conséquemment, de la réparation adéquate en vertu de l'article 49 de la *Charte québécoise*. Une approche intersectionnelle de la détermination du préjudice moral amplifie le potentiel de réalisation de la protection de la dignité au regard de l'exigence d'effectivité (i).

L'intersectionnalité permettrait également d'éviter que certaines victimes tombent dans les failles et ne puissent obtenir réparation pour des situations discriminatoires plus complexes (ii).

i. *La reconnaissance de l'expérience intersectionnelle dans la détermination du préjudice moral*

En matière de droits fondamentaux, la Cour suprême estime que le droit à une réparation complète, efficace et utile est la « pierre angulaire sur laquelle reposent les droits et libertés garantis par la *Charte [canadienne]* et [le] mécanisme essentiel à leur concrétisation et à leur protection »⁵⁵¹. Elle a défini la réparation de la façon suivante :

« [...] la réparation convenable et juste eu égard aux circonstances d'une demande fondée sur la [*Charte canadienne*] est celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur. Il va sans dire qu'elle tient compte de la nature du droit violé et de la situation du demandeur. Une réparation utile doit être adaptée à l'expérience vécue par le demandeur et tenir compte des circonstances de la violation ou de la négation du droit en cause. »⁵⁵²

Ce régime de redressement de la *Charte québécoise* constitue également un mécanisme fondamental aux droits garantis⁵⁵³. En ce sens, il s'agit d'une réparation rétrospective qui est intrinsèquement liée aux conséquences subjectivement vécues⁵⁵⁴.

Le dommage moral résulte d'une atteinte illicite à un droit garanti par la *Charte québécoise* ou par l'atteinte à un droit de la personnalité⁵⁵⁵. Le dommage moral engendre généralement un préjudice extrapatrimonial. La réparation a pour objectif de compenser ce préjudice⁵⁵⁶. Dans le

⁵⁵¹ *R c 974649 Ontario Inc*, 2001 CSC 81 au para 20 [*Dunedin*].

⁵⁵² *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62 au para 55.

⁵⁵³ Lalonde, *supra* note 498 à la p 334.

⁵⁵⁴ Pearl Eliadis, « Developments in Human Rights and Remedies: A Canadian Perspective » dans *La Charte des droits et libertés de la personne : Pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, 471.

⁵⁵⁵ Sophie Morin, *Le dommage moral et le préjudice extrapatrimonial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011 à la p 157.

⁵⁵⁶ *Ibid* à la p 185.

langage courant, les termes « dommage » ou « dommages-intérêts » désignent le montant versé pour cette compensation⁵⁵⁷.

La méthode de calcul des dommages moraux a d'abord été élaborée dans plusieurs décisions de la Cour suprême⁵⁵⁸. En droit québécois, c'est l'arrêt *St-Ferdinand* qui représente l'arrêt de principe en la matière :

« En ce qui a trait à l'évaluation du préjudice moral, bien que la thèse dite fonctionnelle ne s'applique pas en droit civil québécois pour déterminer le droit à des dommages moraux, elle est néanmoins pertinente, de concert avec les approches conceptuelle et personnelle, en ce qui concerne le calcul de tels dommages. »⁵⁵⁹

L'approche conceptuelle considère la valeur purement objective du préjudice subi sans tenir compte de la situation spécifique de la victime⁵⁶⁰. Quant à l'approche personnelle, elle permet d'évaluer de façon subjective la douleur et les inconvénients résultant des blessures pour la victime⁵⁶¹. Enfin, l'approche fonctionnelle vise à déterminer un montant permettant de substituer d'autres agréments à ceux perdus en raison du préjudice ; il s'agit d'une indemnité pour consolation⁵⁶². Même si cette dernière approche n'est pas pertinente en droit québécois pour déterminer le droit à la compensation, elle permet de guider les tribunaux pour calculer le montant des dommages lorsqu'elle est prise en compte avec les deux autres approches⁵⁶³.

La *Charte québécoise* permet de compenser le préjudice moral subi par la victime, en atténuant son « malaise psychologique »⁵⁶⁴. Afin de déterminer le préjudice moral subi, « il faut tenir compte des circonstances dans lesquelles l'acte reproché a eu lieu, notamment de la

⁵⁵⁷ Nathalie Vézina, « Préjudice matériel, corporel et moral : variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité » (1993) 24 RDUS 161 à la p 180.

⁵⁵⁸ *Andrews c Grand & Toy Alberta Ltd*, [1978] 2 RCS 229 ; *Arnold c Teno*, [1978] 2 RCS 287 ; *Lindal c Lindal*, [1981] 2 RCS 629 .

⁵⁵⁹ *St-Ferdinand*, *supra* note 66 au para 133.

⁵⁶⁰ *Vallée de Saint-Sauveur inc c MA*, 2010 QCCA 1509 au para 83; *St-Ferdinand*, *supra* note 66 au para 75; Patrice Deslauriers, « Les pertes non pécuniaires : compte-rendu/constat/critiques » (2005) 39 RJT 371 à la p 376.

⁵⁶¹ *St-Ferdinand*, *supra* note 66 au para 76; *Cinar Corporation c Robinson*, 2013 CSC 73 au para 105; Deslauriers, *supra* note 560 à la p 377.

⁵⁶² *Lindal c Lindal*, *supra* note 558 à la p 636; *St-Ferdinand*, *supra* note 66 au para 80; *Cinar Corporation c Robinson*, *supra* note 561 au para 105; Deslauriers, *supra* note 560 à la p 377.

⁵⁶³ Patrice Deslauriers, « La place de l'approche fonctionnelle en droit civil en matière de pertes non pécuniaires » dans *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, 706.

⁵⁶⁴ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Dion*, 2008 QCTDP 9 au para 90.

vulnérabilité de la victime, des circonstances factuelles et objectives dans lesquelles les actes reprochés se sont déroulés »⁵⁶⁵. Puisque la dignité sous-tend l'ensemble des droits et libertés de la *Charte québécoise*, il est également reconnu qu'elle doit être considérée pour établir la réparation pour préjudice subi. Le tribunal doit ainsi réaliser une évaluation personnalisée à chaque cas et s'inspirer des montants accordés dans des situations semblables lorsqu'il détermine les dommages moraux⁵⁶⁶.

Devant le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, la détermination du préjudice s'effectue selon une évaluation générale des circonstances de la violation et de ses effets pour déterminer la compensation monétaire appropriée pour l'atteinte à la dignité, sentiments et estime de soi, ainsi que pour les pertes qui y sont consécutives⁵⁶⁷. À cet effet, la jurisprudence ontarienne a établi deux critères : 1) la gravité objective de la conduite ; et 2) l'effet particulier sur la personne victime de discrimination.

Le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique peut ordonner une compensation expressément pour une atteinte à la dignité, aux sentiments et à l'estime de soi⁵⁶⁸. La jurisprudence de la Colombie-Britannique a établi certains critères pour déterminer la compensation pour une atteinte à la dignité dans un contexte de harcèlement sexuel :

1. the nature of the harassment, that is, was it simply verbal or was it physical as well;
2. the degree of aggressiveness and physical contact in the harassment;
3. the ongoing nature, that is, the time period of the harassment;
4. its frequency;
5. the age of the victim;
6. the vulnerability of the victim; and
7. the psychological impact of the harassment upon the victim.⁵⁶⁹

⁵⁶⁵ *Ibid* au para 94.

⁵⁶⁶ Voir par ex *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Chamberland*, 2013 QCTDP 37 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c O'Toole*, 2006 QCTDP 21.

⁵⁶⁷ *Arunachalam v Best Buy Canada*, 2010 HRTD 1880 au para 45 [*Arunachalam*].

⁵⁶⁸ *BC Human Rights Act*, *supra* note 435, art 37(2)(d)(iii).

⁵⁶⁹ Voir notamment *Fougere v. Rallis and Kalamata Greek Taverna*, 2003 BCHRT 23 au para 133; *Harrison v. Nixon Safety Consulting Inc.*, 2008 BCHRT 462 au para 345; *Ratzlaff v. Marpaal Construction and another*, 2010 BCHRT 13 au para 35 citant *Torres c. Royalty Kitchenware*, [1982] 3 CHRR D/858.

Ces facteurs ne sont pas exhaustifs. Par ailleurs, certains de ceux-ci peuvent être pertinents pour évaluer d'autres types d'atteintes discriminatoires⁵⁷⁰. En 2004, le Tribunal a réalisé le constat suivant :

« While the specifics of the statutory authority to grant compensation for the effects of discrimination on a complainant are different in Ontario and British Columbia, the underlying remedial principle is the same: complainants are entitled to be compensated for the effect of the respondent's discriminatory conduct on them. There is no statutory ceiling on the amount which may be awarded to compensate a complainant for injury to dignity under our Code, nor should any such ceiling be implied by reference to previous awards. »⁵⁷¹

Il est important de souligner que les lois ontariennes et britanno-colombiennes précisent expressément une réparation pour atteinte à la dignité. Leur évaluation du dommage s'effectue également selon la *common law*, ce qui explique certaines distinctions avec le régime de la *Charte québécoise* fortement influencé, à tort ou à raison, par le droit québécois de la responsabilité civile⁵⁷². Néanmoins, il ressort de cette analyse que l'atteinte à la dignité ou les dommages moraux y étant relatifs doivent être considérés à la lumière d'un critère objectif qui relève d'une comparaison avec des situations similaires et d'un critère subjectif qui tient compte de l'ensemble de l'expérience vécue par la victime.

Selon nous, les deux critères doivent être étudiés à la lumière d'une approche intersectionnelle pour représenter adéquatement la « réalité ». En effet, la comparaison avec des situations similaires ne peut qu'être adéquate que si elle se fonde sur un sous-groupe présentant la même intersection de motifs et de caractéristiques : un groupe de femmes blanches hétérosexuelles ne peut servir de point de comparaison adéquat dans le cadre de harcèlement sexuel d'une femme autochtone ou d'une femme homosexuelle. En outre, nous avons déjà établi

⁵⁷⁰ Heather MacNaughton et Jessica Connell, *Remedies in the Human Rights Context*, SSRN Scholarly Paper, ID 2006540, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2009 à la p 486, en ligne : <<http://papers.ssrn.com/abstract=2006540>> (consulté le 26 septembre 2014).

⁵⁷¹ *Fenton v. Rona Revy Inc.*, 2004 BCHRT 143, par. 80.

⁵⁷² Sylvie Gagnon, *supra* note 45 à la p 269; Coutu et Bosset, *supra* note 28 à la p 275; Rivet et Montpetit, *supra* note 45; Bernatchez, *supra* note 45.

que la recherche du respect de la dignité exige une compréhension de l'identité complexe des victimes pour comprendre leur expérience subjective vécue.

Une réception élargie de l'expérience vécue intersectionnelle pourrait ainsi augmenter les dommages octroyés pour le préjudice subi. Par exemple, le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a conclu que l'intersectionnalité de la discrimination fondée sur la race et le sexe avait renforcé la souffrance morale de la victime⁵⁷³.

Néanmoins, les mesures réparatrices ne se résument pas à l'octroi de dommages-intérêts. Le tribunal sera appelé à déterminer la réparation personnelle qui lui apparaît la plus adéquate au regard de l'expérience qu'il constatera. Il s'agit surtout d'assurer qu'il puisse être en mesure de recevoir l'expérience la plus près de la « réalité » pour appliquer la réparation correspondante. La reconnaissance de la revendication d'une identité intersectionnelle constitue un moyen d'assurer la dignité de la victime, voire de lui conférer un sentiment de justice. Si l'expérience est essentialisée, la réparation octroyée ne pourra certainement pas satisfaire à l'objectif du régime de réparation ni réaliser l'objet de sauvegarde de la dignité.

ii. *La victime d'une atteinte à la dignité en raison d'une distinction fondée sur le motif d'une autre personne*

Une personne subissant un traitement distinct fondé sur un des motifs interdits dans l'exercice d'un droit possède une cause d'action contre l'auteur en vertu de l'article 49 de la *Charte québécoise*. La Cour suprême a précisé que « l'économie de la Charte confirme l'obligation de prouver un préjudice personnel »⁵⁷⁴. Les droits individuels y étant garantis sont intrinsèquement rattachés à la personne⁵⁷⁵. Une approche intersectionnelle permettrait d'élargir la reconnaissance du préjudice. En effet, il serait sans doute possible de reconnaître des victimes de discrimination qui subissent un traitement différencié fondé sur un motif interdit, sans que celui-ci ne leur soit rattaché personnellement.

⁵⁷³ Baylis-Flannery, *supra* note 274 au para 145.

⁵⁷⁴ *Bou Malhab c Diffusion Métromédica CMR*, 2011 CSC 9 au para 46.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

À titre d'exemple, une personne blanche accompagnant un groupe de personnes de couleur noire qui se fait également refuser l'entrée d'un lieu public pourrait-elle être victime de discrimination par association? Qu'en est-il de parents qui ne peuvent avoir accès à un lieu public en raison de la présence obligatoire du chien MIRA de leurs fils en situation de handicap, lorsque ce dernier est absent?

Le TDPQ a déjà énoncé que la «victime de discrimination peut être la personne indirectement visée par l'acte discriminatoire»⁵⁷⁶, principe qui découle d'une décision rendue en 1993 :

« Il importe peu en conséquence, que monsieur Lalancette ait été ou non la personne directement visée par le motif discriminatoire ayant entraîné le refus de conclure la sous-location. Monsieur Lalancette fut directement visé par le refus de monsieur Thibodeau et cela suffit pour lui permettre d'invoquer une violation de la règle applicable. »⁵⁷⁷

Nous sommes d'avis que la victime indirecte de la discrimination aurait alors une cause d'action autonome et incluse dans la compétence du TDPQ. En effet, le geste « fautif » existe, soit le traitement différencié fondé sur un motif prohibé de la *Charte québécoise*. En outre, cette conduite cause un préjudice direct et personnel : il compromet ou détruit le droit de la personne à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit.

Par ailleurs, le Tribunal canadien des droits de la personne a reconnu les victimes par ricochet en matière de traitement discriminatoire :

« La question de savoir qui est la «victime» de l'acte discriminatoire reproché est presque exclusivement une question de fait. La législation sur les droits de la personne ne tient pas tant compte de l'intention à l'origine des actes discriminatoires que de leur effet. L'effet n'est d'aucune façon limité à la « cible » présumée de l'acte discriminatoire et il est tout à fait concevable qu'un acte discriminatoire puisse avoir des conséquences qui sont suffisamment directes et immédiates pour justifier qu'on

⁵⁷⁶ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Denise Quévillon*, 1999 CanLII 5 (QC TDP) au para 30; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Dion*, *supra* note 564 au para 53; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Stoneham-et-Tewkesbury*, 2011 QCTDP 15 au para 219.

⁵⁷⁷ *Commission des droits de la personne c Thibodeau*, 1993 CanLII 2699 (QC TDP).

qualifie de « victimes » des personnes qui n'ont jamais été visées par l'auteur des actes en question. »⁵⁷⁸

Ce constat s'inscrit dans les principes de détermination d'un acte discriminatoire en vertu de la norme québécoise qui placent l'emphase sur les effets chez la victime au lieu de l'intention. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a aussi énoncé un principe similaire en affirmant que la plainte introduite par une personne lésée par un acte discriminatoire visant une autre victime est valide. Il est pertinent de noter que la *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick⁵⁷⁹ ne précise pas que le motif doit être attribué à la personne lésée dans ses droits⁵⁸⁰.

Dans le même sens, aucune précision expresse dans la *Charte québécoise* ne semble exclure une personne discriminée sur un motif qui ne lui est pas personnellement attribué. La Cour d'appel du Québec a d'ailleurs confirmé cette possibilité, sans toutefois avoir explicité le raisonnement le permettant, dans l'affaire *Matins de Victoria*. Dans cette affaire, des parents se sont fait refuser l'accès à une chambre dans un gîte en raison de la présence du chien MIRA de leur fils vivant avec l'autisme. Les parents étaient responsables du chien et devait rester en sa compagnie en tout temps. Le TDPQ a conclu que les parents ne pouvaient être victimes de la discrimination fondée sur le moyen de pallier le handicap, puisque le fils qui utilisait ce moyen n'était pas présent :

« La Charte doit être interprétée de façon libérale, mais à cause de la rédaction même de son article 10, le Tribunal ne peut conclure que, dans la présente affaire, les plaignants ont subi une discrimination proscrire par la Charte. L'absence de dispositions dans la Charte ou dans une loi particulière attribuant un statut particulier à l'entraîneur d'un chien d'assistance et aux tuteurs de la personne handicapée ne permet pas de leur reconnaître la même protection que celle reconnue à la personne handicapée. Même si la preuve dans la présente affaire établit clairement le besoin de donner aux entraîneurs des chiens d'assistance et aux personnes qui s'occupent d'une personne handicapée les mêmes droits que la personne handicapée quant à l'utilisation d'un moyen pour pallier le handicap, l'absence de dispositions à cet effet dans une législation spécifique ou dans la Charte, ne permet pas au Tribunal de

⁵⁷⁸ *Canada c. Menghani*, [1994] 2 C.F. 102.

⁵⁷⁹ *Loi sur les droits de la personne*, LRN-B 1973, c H-11.

⁵⁸⁰ *Id.*, art. 5(1) et 17.

conclure que les parents d'Étienne sont détenteurs de la même protection que leur fils et qu'ainsi les défendeurs leur ont fait subir une discrimination proscrite. »⁵⁸¹

La Cour d'appel a toutefois renversé cette décision, affirmant que :

« En ayant recours à un procédé d'interprétation inapproprié lorsqu'une interprétation large et libérale s'impose, en s'en tenant strictement au texte de la disposition sans s'interroger autrement sur l'intention du législateur, en cherchant un appui dans des législations étrangères et en omettant de considérer la finalité d'une modification de la [Charte québécoise] apportée en 1983, le Tribunal s'est éloigné de sa mission au point de rendre une décision que l'on peut qualifier de déraisonnable. En l'espèce, il aurait dû donner raison à l'appelante et aux plaignants. »⁵⁸²

Par cette décision, la Cour d'appel confirme notre constat selon lequel la norme porte en elle cette possibilité d'amplifier la réalisation de l'effectivité pour cette forme de discrimination, mais qu'il est nécessaire d'élargir les conditions de réception de la « réalité ».

Néanmoins, une victime d'une atteinte qui ne relève pas de la compétence du TDPQ ne pourrait pas saisir ce dernier. Toutefois, les victimes immédiates de discrimination demandent parfois des conclusions à l'égard d'une victime par ricochet n'ayant pas subi un traitement discriminatoire. Le TDPQ étant valablement saisi, il est compétent à l'égard de tous les faits lui étant soumis⁵⁸³. À cet effet, il peut rendre les conclusions qui s'imposent, compte tenu de la preuve présentée. Il serait donc en mesure d'établir que les actes du défendeur ont porté atteinte à la victime immédiate par une atteinte discriminatoire fondée sur un motif interdit.

Dans les décisions *Stoneham-et-Tewkesbury*⁵⁸⁴ et *Ville de Québec*⁵⁸⁵, le TDPQ affirme qu'il aurait octroyé des dommages aux parents, même s'il n'avait pas conclu à une atteinte à leurs droits. Notamment, dans la décision *Ville de Québec*, il indique :

⁵⁸¹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Côté (Matins de Victoria)*, 2013 QCTDP 35 au para 89 [*Matins de Victoria*].

⁵⁸² *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Côté*, 2015 QCCA 1544 au para 28.

⁵⁸³ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c For-Net Montréal inc*, 2014 QCTDP 1 au para 89 [*For-Net*].

⁵⁸⁴ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Stoneham-et-Tewkesbury*, *supra* note 576 au para 219.

⁵⁸⁵ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Ville de Québec*, 2013 QCTDP 32 .

« Le Tribunal souligne que même s'il n'avait pas conclu à une atteinte aux droits de madame Dalir et de monsieur Sharifi [les parents], ceux-ci auraient tout de même eu droit à des dommages compensatoires en tant que victimes par ricochet du comportement discriminatoire de la Ville à l'endroit de Mahdi [leur fils ayant un handicap]. »⁵⁸⁶

Il apparaît donc que le TDPQ n'a pas établi un régime clair pour les victimes de distinction ayant pour effet la compromission d'un droit fondée sur un motif attribué à une autre personne, et ce même s'il a déjà affirmé qu'il pourrait octroyer des dommages pour des victimes par ricochet⁵⁸⁷. Nous remarquons que dans ces situations où les victimes sont des parents ou des enfants, le TDPQ conclut parfois à une discrimination fondée sur l'état civil au lieu d'utiliser les principes applicables aux victimes par ricochet.

Une analyse intersectionnelle de l'effet de la distinction permet de constater une expérience vécue de discrimination, même si la personne ne s'associe pas un motif interdit. Le préjudice subi serait ainsi appelé à être réparé dans l'objectif d'assurer le respect d'une victime de discrimination, même si son identité ne se réduit pas à l'un des motifs. Une telle interprétation ne nie pas l'exigence de fonder le traitement distinctif sur un motif, il crée seulement un lien indirect entre le motif et la victime alléguée ce qui ne constitue pas un critère de détermination de l'acte discriminatoire. En outre, c'est par une prise en compte du contexte particulier à l'acte que la « réalité » d'un acte discriminatoire pourra être reçue par le droit.

En conclusion, la *Charte québécoise* exige que la réception du contexte soit conforme à la réalisation de ses objets, condition qui tient une place primordiale dans la détermination du sens de la norme antidiscriminatoire, mais également dans la détermination de la réparation. Notre démonstration permet de conclure que l'élargissement de la réception du contexte de l'expérience vécue dans une perspective de réalisation du respect de la dignité est possible par l'adoption d'une approche intersectionnelle.

⁵⁸⁶ *Ibid* au para 267.

⁵⁸⁷ *Commission des droits de la personne c Thibodeau*, *supra* note 577; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Dion*, *supra* note 564; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Denise Quévillon*, *supra* note 576 au para 30.

CONCLUSION

Notre recherche repose sur la construction d'une problématique juridique au départ d'une hypothèse d'une exigence d'effectivité inhérente à la norme antidiscriminatoire. L'engagement du législateur envers l'effectivité des droits et libertés consubstantiellement à la nature axiologique de ces normes soutient cette hypothèse selon laquelle la norme antidiscriminatoire québécoise porte en elle-même cette exigence, et conséquemment, le potentiel de sa pleine réalisation. Notre premier constat est celui d'un écart entre la signification juridique de la discrimination et sa « réalité » sociale, indice que les conditions de réception de cette « réalité » ne sont pas suffisamment larges pour que le sens juridique la reçoive. L'exigence n'est pas réalisée dans toute son amplitude. Notre recherche diffère des études qui éclairent les insuffisances de la loi ou de son interprétation par les tribunaux à la lumière de l'approche intersectionnelle, car nous souhaitons, en plus d'éclairer le droit, étudier comment le réinvestir par l'usage de cette approche aux fins de détermination de la norme antidiscriminatoire. Notre hypothèse étant que la norme porte une exigence d'effectivité qui dépend des conditions de détermination du sens de la norme par la réception d'une effectivité sociale par le droit.

L'étude des conceptions théoriques de la discrimination par les disciplines « externes » au droit nous a permis de choisir l'intersectionnalité comme conception appréhendant la complexité, la simultanéité, l'irréductibilité et l'inclusion de la discrimination dans la « réalité » sociale. L'intersectionnalité se dévoilant comme cadre théorique de notre étude, nous avons privilégié l'utilisation d'une approche interdisciplinaire par lequel l'outil intersectionnel tel que construit par les disciplines « externes » au droit est mobilisé pour éclairer l'objet juridique qu'est la norme antidiscriminatoire québécoise. En ce sens, notre recherche se distinguait de certaines analyses juridiques qui utilisent l'intersectionnalité comme *contexte factuel* afin de constater et justifier un problème juridique par des données factuelles issues d'une autre discipline. Elle se distinguait également des études juridiques mobilisant l'intersectionnalité comme *contexte théorique* pour éclairer le droit dans une perspective d'éloignement. Nous avons ainsi choisi l'intersectionnalité comme éclairage de « distanciation par grossissement » de la norme juridique afin d'en déceler des ouvertures et possibilités d'élargissement des conditions de réception de l'effectivité sociale pour une optimisation de la réalisation de l'exigence d'effectivité.

Pour ce faire, nous avons éclairé la détermination du sens de la norme. Celle-ci se fait au regard de ses objets qui correspondent aux deux niveaux préconisés par les théorisations de l'intersectionnalité : au niveau microsocial, le respect de la dignité de la personne; au niveau macrosocial, la suppression des discriminations.

Dans un premier temps, nous avons observé la prise en compte du contexte macrosocial dans la détermination du sens de la norme antidiscriminatoire québécoise. La *Charte québécoise* pose des limites dans l'identification des groupes « protégés » contre la discrimination : il doit y avoir un lien avec l'un des motifs énoncés par la disposition. Néanmoins, aucune limite quant à l'interaction des motifs n'est imposée. Nous avons ainsi retenu deux types d'approches intersectionnelles applicables pour élargir les conditions de réception de la « réalité » de certains groupes discriminés, par le rejet de l'essentialisme dans leur identification.

La méthode intracatégorielle est parfois déjà mobilisée par la conception multidimensionnelle et « additive » ou cumulative des motifs. Certaines lois des autres provinces canadiennes prévoient d'ailleurs qu'elle doit être utilisée aux fins de compréhension de la discrimination « réelle ». Cependant, cette méthode ne nous apparaît pas comme élargissant suffisamment les conditions de réception de la « réalité » sociale. Premièrement, elle ne permet pas de saisir toute la complexité des interactions et dynamiques sociales. Deuxièmement, elle maintient une certaine forme d'essentialisme dans la détermination d'un sous-groupe partageant les mêmes caractéristiques que le groupe correspondant au motif. Troisièmement, elle nécessite de hiérarchiser les facteurs, donnant une priorité à un certain groupe, puis d'y ajouter d'autres facteurs pour identifier un sous-groupe.

Quant à l'approche intercatégorielle, elle nous apparaît comme permettant un élargissement plus important des conditions de réception de l'effectivité sociale puisqu'elle permet de révéler les dynamiques sociales simultanées entre plusieurs axes d'inégalités, en rejetant la conception fixe des groupes sociaux. Nous avons décelé deux points d'ancrage pour un élargissement de la prise en compte de la dynamique des axes d'oppression. Le premier est par la conception systémique de la discrimination dans la détermination du lien entre le motif et la

distinction. La réception de la discrimination systémique permet la prise en compte de la façon dont les dynamiques sociales d'inégalités se maintiennent, se renforcent et se reproduisent pour créer des rapports de discrimination entre personnes. Elle permet de comprendre la complexité et la simultanéité des discriminations de façon inclusive et globale.

Le second est une compréhension intersectionnelle du motif de condition sociale énoncé dans la *Charte québécoise*. Ce motif est actuellement peu mobilisé pour définir les discriminations, sauf exception dans les baux de logement qui sont refusés à des étudiants ou personnes vivant avec l'assistance sociale. Pourtant, il offre des ouvertures à la prise en compte des dynamiques sociales, car il doit être compris dans son aspect « relationnel », variable et dynamique.

Nous avons également éclairé le second aspect de la détermination du sens de la norme, soit l'action sur le « réel » en vue de réaliser l'objet de suppression des discriminations. L'élargissement des conditions vers une plus grande réception de la discrimination systémique par la prise en compte des dynamiques sociales d'inégalités ayant été soulevé en première partie, nous avons observé les ordonnances de type systémique et inclusive rendues par le TDPQ dans une perspective régulatoire. La détermination de l'obligation d'accommodement raisonnable prend également tout son sens dans une perspective de régulation du social. Il s'agit d'un retour vers les destinataires pour qu'ils construisent eux-mêmes le sens de la norme, élément fondamental de l'hypothèse des normes à exigence de réflexivité dans la continuité de laquelle s'inscrit l'exigence d'effectivité.

En ce qui concerne l'objet de respect de la dignité, nous l'avons éclairé par la prise en compte de l'expérience vécue intersectionnelle. Cette prise en compte de l'expérience vécue nécessite de considérer la complexité de l'interaction des divers facteurs identitaires, dont le motif, ayant agissant sur l'expérience. Elle exige ensuite de mobiliser ce contexte de l'expérience dans la détermination des effets préjudiciables dans l'exercice des droits et libertés, et ce, sans la réduire à une expérience commune, prédéterminée et essentialisée. Cet éclairage intersectionnel sur la prise en compte du contexte lié à l'individu et à son expérience se révèle fondamental dans

la détermination de la réparation adéquate pour le préjudice vécu. D'une part, il élargit la réception du préjudice moral subi vers une réalisation de l'objet de respect de la dignité. D'autre part, il permet d'élargir la conception de la discrimination, en ce qu'elle pourrait permettre de reconnaître le préjudice subi par une personne, en raison de son association avec une autre personne auquel le motif se rattache. En ce sens, elle permet un retour vers le contexte social élargi de la discrimination. L'intersectionnalité constitue ainsi un éclairage pertinent pour dévoiler les possibilités d'élargissement des conditions de réception de la « réalité » sociale de la discrimination, et conséquemment, une amplification de la réalisation de l'exigence d'effectivité inhérente à la norme.

Quelques conclusions méritent d'être soulevées suivant cette recherche. Notre problème de départ était celui d'un écart entre la « réalité » sociale et le sens juridique de la discrimination. Nous avons constaté cet écart, notamment dans le cas de discriminations multiples ou croisées. C'est ce constat qui nous a menés vers l'approche intersectionnelle qui a été développée, puis utilisée, pour comprendre ces discriminations qui résultent de plusieurs motifs. Toutefois, notre étude a démontré que l'intersectionnalité peut être mobilisée pour étudier tous types de discrimination, qu'elle résulte du croisement de motifs ou d'un seul motif. En effet, elle permet de discerner la position intersectionnelle d'une personne au sein d'un ensemble dynamique d'axes d'organisation sociale. La personne qui se positionne sur un axe dans une position désavantagée, mais sur les autres axes dans une position privilégiée, possède une identité intersectionnelle qui lui est propre et qui révèle des interactions sociales particulières. La prise en compte des éléments intersectionnels dans l'appréhension de son expérience vécue en plus de sa position au sein des axes d'inégalités n'exige pas qu'il y ait croisement de motifs. La seule exigence en vertu de la norme québécoise est celle de démontrer un lien avec l'un des motifs de discrimination énuméré, lien qui pourra être déterminé par une plus grande réception de l'effectivité sociale.

Par ailleurs, cette condition d'un lien avec un motif énuméré ne limite pas la réalisation de l'exigence d'effectivité lorsque le sens du motif est déterminé de façon multidimensionnelle et intersectionnelle. Le potentiel d'élargissement de la conception des motifs, dont principalement

celui de la condition sociale, peut être amplifié, et ce malgré la liste exhaustive de motifs ou l'absence d'autorisation à utiliser l'intersectionnalité dans la loi.

L'une des conditions d'optimisation de la réalisation de l'exigence d'effectivité de la norme antidiscriminatoire québécoise se révèle par l'ensemble de notre étude : la spécificité de la *Charte québécoise* exige des conditions particulières de détermination du sens juridique de la norme. Nous avons exposé les spécificités de la *Charte québécoise* quant à ses fondements philosophiques inspirés des instruments internationaux, son caractère ambitieux ainsi que son unicité à reconnaître les droits sociaux, économiques et culturels. Elle constitue un instrument collectif fondé sur les valeurs de solidarité, se distinguant de la logique plus libérale et individuelle. Son objet de suppression des discriminations s'inscrit dans cette logique et c'est pourquoi l'éclairage du contexte macrosocial prend une importance fondamentale dans la détermination de la discrimination. Cette spécificité exige ainsi de se distinguer des critères de faute, lien causal et préjudice du régime de responsabilité civile ainsi que des critères posés par le droit à l'égalité garanti par la *Charte canadienne*. La norme québécoise doit se déterminer selon ses particularités et l'approche intersectionnelle est toute désignée pour assurer la prise en compte de l'expérience personnelle vécue sans nier le contexte social collectif.

L'ensemble de ces conclusions nous amène à conclure que les juristes et les tribunaux doivent s'attacher à faire apparaître le raisonnement intersectionnel aux fins de détermination du sens de la norme antidiscriminatoire québécoise. Les éléments d'analyse du cadre intersectionnel fournissent un guide cohérent pour comprendre la « réalité » dans toute sa complexité, son irréductibilité, sa simultanéité et l'inclusion et ainsi assurer une plus grande réception de cette effectivité sociale par le droit. Les outils sont accessibles, la norme ouvre toutes les possibilités et points d'ancrage nécessaires à leur mobilisation et les juristes et tribunaux ont déjà manifesté un intérêt envers ceux-ci. D'autres approches permettent peut-être une optimisation des conditions de la réception, que l'intersectionnalité ne permet pas en raison des critiques que nous avons déjà exposées. Quelles qu'elles soient, les approches d'appréhension de la norme antidiscriminatoire doivent être utilisées pour amplifier la réalisation de l'exigence d'effectivité qui lui est inhérente. La détermination du sens juridique de la norme doit être faite dans cette perspective. Il n'y a

toutefois pas de recette miraculeuse mettant fin aux questionnements sur la détermination du sens de ces normes, qui de par leur nature indéterminée et axiologique impose cette recherche de l'effectivité. C'est sans doute le retour vers les destinataires de la norme pour la détermination de son sens que l'exigence d'effectivité, voire de réflexivité, prend sa plus grande amplitude. Il faudrait alors prendre un pas de recul de plus et réinterroger plus que notre conception de la norme, mais plutôt l'épistémologie du droit.

ANNEXE I : RÉPARTITION DES MOTIFS ALLÉGUÉS SELON LES DROITS INVOQUÉS

<i>Motifs</i>	<i>Année judiciaire</i>	<i>Accès aux lieux publics</i>	<i>Embauche Emploi</i>	<i>Acte juridique</i>	<i>Libertés et droits fondamentaux</i>
Race, Couleur, Origine ethnique/nationale	2013-2014	1	1	1	9
	2012-2013	1		4	6
	2011-2012		1		8
	2010-2011		2	1	5
Handicap ou moyen d'y pallier	2013-2014	3		2	6
	2012-2013	1	1	1	3
	2011-2012	2	4	1	5
	2010-2011		3	1	1
Sexe	2013-2014				2
	2012-2013				1
	2011-2012	1			3
	2010-2011		1		1
Grossesse	2013-2014		1		
	2012-2013				
	2011-2012			1	1
	2010-2011				
État civil	2013-2014		1	1	2
	2012-2013				
	2011-2012		1		2
	2010-2011			1	1
Religion	2013-2014				1
	2012-2013				
	2011-2012				
	2010-2011		1	1	2
Condition sociale	2013-2014			3	5
	2012-2013				
	2011-2012		1		3
	2010-2011			1	1
Âge	2013-2014		1		1
	2012-2013				
	2011-2012		1		1
	2010-2011				1

Les données proviennent des bilans d'activités du Tribunal des droits de la personne, disponibles en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/tdp/index-tdp.html>. Pour les objectifs d'analyse de ce tableau, nous avons sélectionné les motifs les plus fréquents. Nous avons également omis le harcèlement et le profilage racial présentés comme domaines dans les bilans. Les données sont limitées à celles de 2010 à 2014. Nous croyons toutefois que ce tableau dresse un portrait général suffisant pour les fins de notre analyse.

ANNEXE II : RÉPARTITION DES DOSSIERS OUVERTS POUR ENQUÊTE À LA CDPDJ SELON LE MOTIF DE LA PLAINTÉ ET LE SECTEUR D'ACTIVITÉ

Motifs	Année judiciaire	Travail	Logement	Acte juridique	Accès aux lieux publics	Autres
Race, Couleur, Origine ethnique/nationale	2014-2015	78	32	43	21	5
	2013-2014	91	21	49	53	7
	2012-2013	82	30	67	70	2
	2011-2012	56	9	6	3	
Handicap ou d'y pallier	2014-2015	142	25	71	45	
	2013-2014	161	19	64	36	
	2012-2013	162	27	58	60	
	2011-2012	184	31	87	50	1
Sexe	2014-2015	28	1	1	2	
	2013-2014	27	3	7	8	1
	2012-2013	31	4	7	4	
	2011-2012	34	3	11	5	
Grossesse	2014-2015	32		1	3	
	2013-2014	32	1	1	2	
	2012-2013	16				
	2011-2012	32		1	1	
État civil	2014-2015	14	3	10	1	
	2013-2014	10	5	4	2	
	2012-2013	19	2	11	1	
	2011-2012	20	2	6		
Religion	2014-2015	12	3	8	1	1
	2013-2014	15	3	11	5	
	2012-2013	16	5	6	5	
	2011-2012	10	3	7	7	
Condition sociale	2014-2015	1	7	4	2	2
	2013-2014	1	16	4	1	
	2012-2013	3	14	5		
	2011-2012	2	16	4	4	
Âge	2014-2015	63	11	5	2	
	2013-2014	54	8	9	4	
	2012-2013	47	18	13	8	
	2011-2012	56	9	6	3	

Les données proviennent des rapports d'activités et de gestion de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, disponibles en ligne : <http://www.cdpedj.gc.ca/fr/publications/pages/recherche.aspx?field=PublicationsTypeDePublication&value=Rapports&title=Rapports%E2%80%8B&groupbyfield=PublicationsSousTypeDePublication>.

Pour les objectifs d'analyse de ce tableau, nous avons sélectionné les motifs les plus fréquents. Nous avons utilisé les catégories présentées dans les rapports. Les données sont limitées aux rapports de 2011 à 2015. Nous croyons toutefois que ce tableau dresse un portrait général suffisant pour les fins de notre analyse.

ANNEXE III : DÉCISIONS DU TDPQ PORTANT SUR DES DEMANDES INTRODUCTIVES D’INSTANCE invoquant plusieurs motifs

Référence neutre	Motifs invoqués*	Analyse des motifs par le TDPQ
2012 QCTDP 17	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Origine ethnique ou nationale ➤ Religion 	Conclut aux propos discriminatoires sur les deux motifs sans analyse de leurs effets, spécifiques, cumulatifs ou croisés.
2012 QCTDP 20	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Origine ethnique ou nationale ➤ Race ➤ Couleur 	Conclut à la discrimination fondée sur l’origine nationale en référant brièvement et sans distinction aux motifs invoqués.
2013 QCTDP 4	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Couleur ➤ Race 	Conclut à la discrimination sur l’un ou l’autre des motifs.
2013 QCTDP 16	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Origine ethnique ➤ Race 	Conclut aux propos discriminatoires sur les deux motifs sans analyse de leurs effets, spécifiques, cumulatifs ou croisés.
2013 QCTDP 23	<ul style="list-style-type: none"> ➤ État civil ➤ Origine ethnique 	Conclut à discrimination fondée sur les deux motifs sans analyse de leurs effets, spécifiques, cumulatifs ou croisés.
2013 QCTDP 27	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Moyen de pallier le handicap ➤ Handicap 	Conclut à la discrimination fondée sur les deux motifs en les traitant ensemble sans distinction.
2013 QCTDP 28	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Âge ➤ État civil ➤ Couleur ➤ Origine ethnique ou nationale 	Conclut à la discrimination fondée sur les motifs sans analyse de leurs effets spécifiques, cumulatifs ou croisés.
2014 QCTDP 3	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Handicap ➤ Moyen pour pallier le handicap 	Rejette la demande. Traite des deux motifs ensemble en insistant sur l’importance du moyen pour la personne en situation de handicap.

2014 QCTDP 8	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Religion ➤ Origine ethnique 	Conclut aux propos discriminatoires fondés sur les deux motifs sans analyse de leur nature spécifique ou de leur effet cumulatif ou croisé.
2014 QCTDP 12	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Race ➤ Sexe ➤ Religion ➤ Origine ethnique 	Rejette la demande. Ne distingue pas les motifs les uns des autres.
2014 QCTDP 13	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Race ➤ Couleur ➤ Origine ethnique 	Conclut à la discrimination fondée sur la couleur sans traiter spécifiquement des autres motifs.
2014 QCTDP 14	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Race ➤ Couleur 	Conclut à la discrimination sans distinguer les motifs les uns des autres.
2015 QCTDP 21	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Orientation sexuelle ➤ Origine ethnique ou nationale 	Conclut à la discrimination et au harcèlement sur tous les motifs, sans analyser leurs effets spécifiques, cumulatifs ou croisés.
2015 QCTDP 24	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Langue ➤ Origine ethnique 	Rejette la demande en raison de la preuve insuffisante quant aux allégations.

* Selon les données des bilans d'activités du Tribunal des droits de la personne de 2012-2013 à 2015.

ANNEXE IV : DISPOSITIONS DES LOIS CANADIENNES EN MATIÈRE DE discrimination

Titre	État	Disposition antidiscriminatoire/égalité	Discrimination complexe
Charte des droits et libertés de la personne, RL/RQ c C-12	Québec	<p>10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.</p> <p>Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.</p>	N/A
Code des droits de la personne, CPLM c H175	Manitoba	<p>9(1) Dans le présent code, le terme « discrimination » désigne, selon le cas :</p> <ul style="list-style-type: none"> un traitement différent que reçoit un particulier, en raison de son adhésion réelle ou présumée à une catégorie ou à un groupe de personnes ou de son association réelle ou présumée avec cette catégorie ou ce groupe, plutôt qu'en fonction de ses mérites personnels; un traitement différent que reçoit un particulier ou un groupe, en raison de caractéristiques mentionnées au paragraphe (2); un traitement différent que reçoit un particulier ou un groupe en raison de son association réelle ou présumée avec un autre particulier ou un autre groupe dont les traits distinctifs sont déterminés par les caractéristiques mentionnées au paragraphe (2) ou dont l'adhésion découle de ces caractéristiques; un manquement qui consiste à ne pas répondre de façon raisonnable aux besoins spéciaux de particuliers ou de groupes, fondés sur les caractéristiques mentionnées au 	<p>Discrimination fondée sur plusieurs caractéristiques</p> <p>43(1.1) S'il détermine qu'une partie a exercé de la discrimination fondée sur plusieurs des caractéristiques mentionnées au paragraphe 9(2), l'arbitre tient compte de l'effet cumulatif, le cas échéant, de cette discrimination lorsqu'il rend une ordonnance en vertu du paragraphe (2).</p>

		<p>paragraphe (2).</p> <p>9(2) Les caractéristiques appropriées aux fins des alinéas (1)b) à d) sont les suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> - l'ascendance, y compris la couleur et les races identifiables; - la nationalité ou l'origine nationale; - le milieu ou l'origine ethnique; - la religion ou la croyance ou les croyances religieuses, les associations religieuses ou les activités religieuses; - l'âge; - le sexe, y compris les caractéristiques ou les situations fondées sur le sexe d'une personne telles que la grossesse, la possibilité de grossesse ou les circonstances se rapportant à la grossesse; - l'identité sexuelle; - l'orientation sexuelle; - l'état matrimonial ou le statut familial; - la source de revenu; - les convictions politiques, associations politiques ou activités politiques; - les incapacités physiques ou mentales ou les caractéristiques ou les situations connexes, y compris le besoin d'un animal d'assistance, une chaise roulante ou tout autre appareil, orthèse ou prothèse; - les désavantages sociaux. 	
Code des droits de la personne, LRO 1990, c H.19	Ontario	<p>Chaque disposition spécifie les motifs distincts notamment sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle, l'expression de l'identité sexuelle, l'âge, l'état matrimonial, l'état familial, l'état d'assisté social ou un handicap.</p>	N/A

Human Rights Act, 2010, SNL 2010, c H-13.1	Terre-Neuve	<p>9(1) For the purpose of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, colour, nationality, ethnic origin, social origin, religious creed, religion, age, disability, disfigurement, sex, sexual orientation, gender identity, gender expression, marital status, family status, source of income and political opinion.</p> <p>(2) Where this Act protects an individual from discrimination on the basis of sex, the protection includes the protection of a female from discrimination on the basis that she is or may become pregnant</p> <p>(3) Where this Act protects an individual from discrimination on the basis of disability, the protection includes the protection of an individual from discrimination on the basis that he or she</p> <p>(a) has or has had a disability; (b) is believed to have or have had a disability; or (c) has or is believed to have a predisposition to developing a disability.</p>	<p>9(4) Where this Act protects an individual from discrimination on the basis of a prohibited ground of discrimination, it also protects the individual from discrimination on the basis of</p> <p>(a) 2 or more prohibited grounds of discrimination or the effect of a combination of prohibited grounds; and</p>
Human Rights Act, RSN 1989, c 214	Saskatchewan	<p>4 For the purpose of this Act, a person discriminates where the person makes a distinction, whether intentional or not, based on a characteristic, or perceived characteristic, referred to in clauses (h) to (v) of subsection (1) of Section 5 that has the effect of imposing burdens, obligations or disadvantages on an individual or a class of individuals not imposed upon others or which withholds or limits access to opportunities, benefits and advantages available to other individuals or classes of individuals in society.</p>	N/A
Human Rights Code, RSBC 1996, c 210	Colombie-britannique	<p>Chaque disposition prévoit les motifs protégés dans un cas particulier, notamment “[...]because of the race, colour, ancestry, place of origin, religion, marital status, family status, physical or mental disability, sex, sexual orientation or age of that person or class of persons.”</p>	N/A

Loi canadienne sur les droits de la personne, LRC 1985, c H-6	Canada	3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience. (2) Une distinction fondée sur la grossesse ou l'accouchement est réputée être fondée sur le sexe	3.1 Il est entendu que les actes discriminatoires comprennent les actes fondés sur un ou plusieurs motifs de distinction illicite ou l'effet combiné de plusieurs motifs.
--	---------------	--	--

ANNEXE V : LISTE DE DÉCISIONS CANADIENNES TRAITANT DE LA NOTION D'INTERSECTIONNALITÉ

Juridiction	Référence neutre
TDP* Québec	2010 QCTDP 3
TDP* Ontario	2003 HRTO 1
	2003 HRTO 21
	2003 HRTO 28
	2005 HRTO 10
	2005 HRTO 49
	2006 HRTO 19
	2006 HRTO 32
	2008 HRTO 246
	2009 HRTO 595
	2009 HRTO 779
	2010 HRTO 128
	2010 HRTO 256
	2010 HRTO 265
	2010 HRTO 713
	2010 HRTO 1567
	2011 HRTO 1733
	2012 HRTO 952
	2012 HRTO 1220
	2013 HRTO 533
	2013 HRTO 1487
	2014 HRTO 1403
	2015 HRTO 1488
	2015 HRTO 1222
	2015 HRTO 1657

TDP* Colombie-britannique	2008 BCHRT 436
	2009 BCHRT 366
	2010 BCHRT 182
	2010 BCHRT 298
	2014 BCHRT 107
	2014 BCHRT 234
	2015 BCHRT 60
	2015 BCHRT 151
TDP* Canadien	2006 TCDP 40
Cour supérieure	2008 QCCS 874
	2014 QCCS 40
	2014 QCCS 5071
Cour fédérale Cour d'appel fédérale	2009 CF 458
	2014 CF 497
	2015 CF 337
	2015 CAF 34

* Tribunal des droits de la personne [TDP]

Selon une recherche dans CanLII en date du 17 avril 2016 avec les mots-clés « intersectionality », « intersectional », « intersectionnalité », « intersectionnalité », « intersectionnel », « intersectoriel* ».

BIBLIOGRAPHIE

I. INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

Convention (No. 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, 362 RTNU 31, juin 1958.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 1465 RTNU 85, décembre 1984.

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 660 RTNU 195, 7 mars 1966.

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1249 RTNU 13, décembre 1979.

Convention relative aux droits de l'enfant, 1577 RTNU 3, 20 novembre 1989.

Convention relative aux droits des personnes handicapées, 2515 RTNU 3, décembre 2006.

Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés 217 A (III), Doc off AGNU, 3e sess, suppl n° 13, p 17, Doc NU A/810 (1948).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 RTNU 171, décembre 1966.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, [1976] RT Can n°46, décembre 1966.

I. LÉGISLATION

A. Canadienne

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 [Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c 11 (R-U)].

Déclaration canadienne des droits, LC 1960, c 44.

Loi canadienne sur les droits de la personne, LRC 1985, c H-6.

B. Québécoise

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ c C-12.

Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées, LQ 1978, c 7 [maintenant RLRQ, c E-201, art 1g)], art 112.

PL 103, *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, 1^{ère} sess, 41^e lég, Québec, 2016.

C. Autres provinces canadiennes

B.C. Human Rights Act, SBC 1969, c 10.

Code des droits de la personne, CPLM c H175.

Code des droits de la personne, LRO 1990, c H-19.

Human Rights Act, SNL 2010, c H-131.

II. JURISPRUDENCE

A. Cour suprême du Canada

Andrews c Grand & Toy Alberta Ltd, [1978] 2 RCS 229.

Andrews c Law Society of British Columbia, [1989] 1 RCS 143.

Arnold c Teno, [1978] 2 RCS 287.

Béliveau St-Jacques c Fédération des employées et employés, [1996] 2 RCS 345.

Bliss c Procureur Général du Canada, [1979] 1 RCS 183.

Borowski c Canada (Procureur général), [1989] 1 RCS 342.

Bou Malhab c Diffusion Métromédica CMR, 2011 CSC 9.

Brooks c Canada Safeway Ltd, [1989] 1 RCS 1219.

Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal, [2007] 1 RCS 161.

Cinar Corporation c Robinson, 2013 CSC 73.

CN c Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1987] 1 RCS 1114.

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c BCGSEU, [1999] 3 RCS 3.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Maksteel Québec inc, [2003] 3 RCS 228.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Communauté urbaine de Montréal, [2004] 1 RCS 789.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Côté, 2015 QCCA 1544.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Québec (Procureur général), [2004] 2 RCS 185.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Bombardier Inc (Bombardier Aéronautique Centre de formation), 2015 CSC 39.

Commission ontarienne des droits de la personne c Simpsons-Sears, [1985] 2 RCS 536.

Commission scolaire régionale de Chambly c Bergevin, [1994] 2 RCS 525.

Corbiere c Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 RCS 203.

de Montigny c Brossard (Succession), [2010] 3 RCS 64.

Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation), 2003 CSC 62.

Edmonton journal c Alberta (Procureur général), [1989] 2 RCS 1326.

Egan c Canada, [1995] 2 RCS 513.

Eldridge c Colombie-Britannique (Procureur général), [1997] 3 RCS 624.

États-Unis c Burns, [2001] 1 RCS 283.

Ford c Québec (Procureur général), [1988] 2 RCS 712.

Forget c Québec (Procureur général), [1988] 2 RCS 90.

Granovsky c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [2000] 1 RCS 703.

Law c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 RCS 497.

Lindal c Lindal, [1981] 2 RCS 629.

Lovelace c Ontario, [2000] 1 RCS 950.

Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville), [2015] CSC 16.

Première Nation de Kahkewitstahaw c Taypotat, 2015 CSC 30.

Procureur général du Canada c Lavell, [1974] RCS 1349.

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Boisbriand (Ville), [2000] 1 RCS 665.

Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand, [1996] 3 RCS 211.

Québec (Procureur général) c A, 2013 CSC 5.

Québec (Ville) c Commission des droits de la personne, [1989] 1989 CanLII 613 ((QC CA)).

R c 974649 Ontario Inc, 2001 CSC 81.

R c Big M Drug Mart Ltd, [1985] 1 RCS 295.

R c Hape, [2007] 2 RCS 292, 2007 CSC 26.

R c Kapp, [2008] 2 RCS 483 (CSC).

R c Keegstra, [1990] 3 RCS 697.

R c S (RD), [1997] 3 RCS 484.

R c Seaboyer; R c Gayme, [1991] 2 RCS 577, en ligne : RCS <<http://canlii.ca/t/1fskg>> (consulté le 4 octobre 2015).

Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb), [1987] 1 RCS 313.

Robichaud c Canada (Conseil du Trésor), [1987] 2 RCS 84.

Slaight communications inc c Davidson, [1989] 1 RCS 1038.

Young c Young, [1993] 4 RCS 3.

B. Cour d'appel du Québec

Commission scolaire des Phares c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2012 QCCA 988.

Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c Québec (Commission des droits de la personne), [1994] 1994 CanLII 5706 (QC CA).

Gaz métropolitain inc c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2011 QCCA 1201.

Ménard c Rivet, 1997 QCCA 9973.

Vallée c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2005 QCCA 316.

Vallée de Saint-Sauveur inc c MA, 2010 QCCA 1509.

C. Tribunal des droits de la personne du Québec

Baylis-Flannery v DeWilde (Tri Community Physiotherapy), 2003 HRTO 28.

Commission des droits de la personne c Centre d'accueil Villa Plaisance, [1995] 1995 CanLII 2814 ((QC TDP)).

Commission des droits de la personne c Commission scolaire Saint-Jean-sur-Richelieu, [1991] RJQ 3003 (QC TDP).

Commission des droits de la personne c Gauthier, [1993] 1993 CanLII 8751 (QC TDP).

Commission des droits de la personne c Lingerie Roxana ltée, [1995] 1995 CanLII 10774 (QC TDP).

Commission des droits de la personne c Thibodeau, 1993 CanLII 2699 (QC TDP).

Commission des droits de la personne c Whittom et al, 1993 CanLII 10 (QC TDP).

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Québec (Procureure générale) (Ministère de la Sécurité publique), 2015 QCTDP 20.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Chamberland, 2013 QCTDP 37.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Commission scolaire des Hauts-Bois-de-l'Outaouais, 2010 QCTDP 4.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, 2010 QCTDP 13.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Côté (Matins de Victoria), 2013 QCTDP 35.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Denise Quévillon, 1999 CanLII 5 (QC TDP).

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Dion, 2008 QCTDP 9.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Gaz métropolitain, inc, 2008 QCTDP 24.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c O'Toole, 2006 QCTDP 21.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Québec (Procureur général), 2007 QCTDP 26.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Remorquage Sud-Ouest (9148-7314 Québec inc), 2010 QCTDP 12.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Stoneham-et-Tewkesbury, 2011 QCTDP 15.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Ville de Québec, 2013 QCTDP 32.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Giannias, 2011 QCTDP 20.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Montréal (Service de police de la ville de) (SPVM), 2012 QCTDP 5.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Bertrand, 2013 QCTDP 6.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Innvest Hotels GP II Ltd (Boucherville Comfort Inn par Journey's End), 2013 QCTDP 31.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c For-Net Montréal inc, 2014 QCTDP 1.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Brodeur-Charron, 2014 QCTDP 10.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Syndicat des constables spéciaux, 2010 QCTDP 3.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Calego international inc, 2011 QCTDP 4.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Société de l'assurance automobile du Québec, [2003] 2003 CanLII 33421 (QC TDP).

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Huong, [2005] 2005 CanLII 5526 (QC TDP).

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Laval (Ville de), 2006 QCTDP 17.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Montréal (Ville de) (Service de police de la Ville de Montréal)(SPVM), 2008 QCTDP 23.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Beaublanc inc, [1999] 1999 CanLII 40 (QC TDP).

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Poulin, [2001] 2001 CanLII 90 .

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Lauréat Richard inc, [2001] 2001 CanLII 17869 (QCTDP).

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Yazbeck, [2001] 2001 CanLII 16687 (QC TDP).

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Fondation Abbé Charles-Émile Gadbois, [2001] 2001 CanLII 9093 (QCTDP).

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Transport en commun La Québécoise Inc, [2002] 2002 CanLII 9226 (QC TDP).

Mastropaolo c St-Jean-de-Matha (Municipalité de), 2010 QCTDP 7.

D. Autres tribunaux

Arias v Desai, 2003 HRTO 1.

Arunachalam v Best Buy Canada, 2010 HRTO 1880.

Djubok c Canada (Citoyenneté et Immigration), 2014 CF 497.

Flamand v DNG Investments, 2005 HRTO 10.

Gorzsas c Canada (Citoyenneté et Immigration), 2009 CF 458.

Hogan c Ontario, 2006 HRTO 32.

In re : Section 293 of the Criminal Code of Canada, 2011 BCSC 1588.

Ontario Human Rights Commission v Motsewetsho, 2003 HRTO 21.

Radek v Henderson Development (Canada) & Securiguard Services (no3), 2005 BCHRT 302.

III. DOCTRINE ET AUTRE DOCUMENTATION

A. Encyclopédies

Anderson, Elizabeth. « Feminist Epistemology and Philosophy of Science » dans Edward N Zalta, dir, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015, en ligne : The Stanford Encyclopedia of Philosophy <<http://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=feminism-epistemology>>.

Gines, Kathryn T. « Anna Julia Cooper » dans Edward N Zalta, dir, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015, en ligne : The Stanford Encyclopedia of Philosophy <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/anna-julia-cooper/>> (consulté le 19 septembre 2015).

Rudwick, Elliot. *Encyclopaedia Universalis*, en ligne : Encyclopaedia Universalis <<http://www.universalis-edu.com.proxy.bibliotheques.uqam.ca:2048/encyclopedia/william-edward-du-bois/>> (consulté le 19 septembre 2015).

B. Monographies et chapitre d'ouvrages collectifs

Bégin, Luc et Yannick Vachon. « L'interprétation contextuelle : pour le meilleur et pour le pire? » dans DeLloyd J Guth, Marie-Claire Belleau, François Lacasse et Supreme Court of Canada Historical Society, dir, *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada, 1987-2002*, Montréal, Publié pour la Société historique de la Cour suprême du Canada par Wilson & Lafleur, 2004.

Benichou, Sarah. « L'effectivité du principe de non-discrimination "raciale" : concurrence ou complémentarité du juge et de la Halde? » dans par Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris 10, 2008, 193.

Blum, Lawrence. « Racial and other Asymmetries » dans Deborah Hellman et Sophia Moreau, dir, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, 2013, en ligne : Philosophical Foundations of Discrimination Law <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199664313.001.0001/acprof-9780199664313>> (consulté le 11 décembre 2014).

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 2014.

Champeil-Desplats, Véronique et Danièle Lochak. « Assurer l'effectivité de la norme juridique » dans *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris 10, 2008, 73.

- Champeil-Desplats, Véronique. « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique » dans par Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris 10, 2008, 11.
- Chevallier, Jacques. *L'État post-moderne*, LGDJ, 2008.
- Conaghan, Joanne. « Intersectionality and the feminist project in law » dans Emily Grabham, dir, *Intersectionality and beyond: law, power and the politics of location*, coll Social justice, Abingdon, Oxon, Routledge-Cavendish, 2009.
- Côté, Pierre-André (avec la collaboration de Mathieu Devinat et Stéphane Beaulac), *Interprétation des lois*, 4e éd, Montréal, Thémis, 2009.
- Daillier, Patrick, Mathias Forteau, Alain Pellet et Nguyen-Quoc-Dinh. *Droit international public: formation du droit, sujets, relations diplomatiques et consulaires, responsabilité, règlement des différends, maintien de la paix, espaces internationaux, relations économiques, environnement*, 8 éd, Paris, LGDJ, Lextenso, 2009.
- Delagrave, Anne-Marie. *Le contrôle de l'apparence physique du salarié*, Cowansville, Québec, Yvon Blais, 2010.
- Delzangles, Béatrice. « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » dans par Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris 10, 2008, 41.
- Deslauriers, Patrice. « La place de l'approche fonctionnelle en droit civil en matière de pertes non pécuniaires » dans *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, 706.
- Eliadis, Pearl. « Developments in Human Rights and Remedies: A Canadian Perspective » dans *La Charte des droits et libertés de la personne : Pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, 47.
- Faraday, Fay, Margaret Ann Denike et M. Kate Stephenson. *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009.
- Gaudreault-DesBiens, Jean-François et Diane Labrèche. *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain : l'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville, Yvon Blais, 2009.
- Grabham, Emily, dir. *Intersectionality and beyond: law, power and the politics of location*, coll Social justice, Abingdon, Oxon, Routledge-Cavendish, 2009.

- Harper, Elizabeth. *Regards sur l'intersectionnalité*, Montréal, Centre de recherche interdisciplinaire sur la violence familiale et la violence faite aux femmes, 2013, en ligne : <<http://site.ebrary.com/lib/abhealth/Doc?id=10681770>> (consulté le 10 décembre 2014).
- Lalonde, Louise et Stéphane Bernatchez. « L'hypothèse des lois à exigence de réflexivité : un instrument de gouvernance réflexive et un grand défi pour la théorie du droit » dans *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, Sherbrooke, Québec, Éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 2011, 159.
- Lavigne, Richard. « Le système judiciaire et les personnes ayant des limitations fonctionnelles, une route encore semée d'embûches » dans par Barreau du Québec et Service de la formation continue, *Le tribunal des droits de la personne: 25 ans d'expérience en matière d'égalité.*, Yvon Blais, Montréal, 2015, 281.
- Lenoble, Jacques. et Marc. Maesschalck. *L'action des normes: éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2009.
- Lucie Lamarche. « La mission contemporaine du Tribunal des droits de la personne : un enjeu complexe dans une société complexe » dans par Barreau du Québec et Service de la formation continue, *Le tribunal des droits de la personne: 25 ans d'expérience en matière d'égalité.*, Yvon Blais, Montréal, 2015, 307.
- MacNaughton, Heather et Jessica Connell. *Remedies in the Human Rights Context*, SSRN Scholarly Paper, ID 2006540, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2009, en ligne : <<http://papers.ssrn.com/abstract=2006540>> (consulté le 26 septembre 2014).
- McCall, Leslie. « The complexity of intersectionality » dans Emily Grabham, dir, *Intersectionality and beyond: law, power and the politics of location*, coll Social justice, Abingdon, Oxon, Routledge-Cavendish, 2009.
- Morin, Alexandre. *Constitution, fédéralisme et droits fondamentaux: commentaires et documents*, Montréal, LexisNexis, 2008.
- Morin, Sophie. *Le dommage moral et le préjudice extrapatrimonial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.
- Nowak, Manfred. *Introduction to the International Human Rights Regime*, Brill Academic, Boston, 2003.
- Philippe, Clara-Maud. « Entre effectivité et validité du droit : l'exemple du droit du public à l'information » dans par Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris 10, 2008, 59.

- Rivet, Michèle et Manon Montpetit. « L’incorporation doctrinaire des éléments constitutifs de responsabilité civile dans l’analyse de la Charte québécoise : dérives conceptuelles » dans par Benoît Moore et Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil, *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Québec, Yvon Blais, 2012.
- Sheppard, Colleen. *Grounds of Discrimination: Towards an Inclusive and Contextual Approach*, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2001, en ligne : <<http://papers.ssrn.com/abstract=2292128>> (consulté le 28 septembre 2014).
- Sheppard, Colleen. *Multiple discrimination in the world of work*, Working paper no 66, Genève, Organisation internationale du travail, 2011.
- Sylvie Gagnon. « Quelques observations critiques sur le droit à une réparation selon la Charte des droits et libertés de la personne » dans *La Charte des droits et libertés de la personne : Pour qui et jusqu’où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.
- Vizkelety, Béatrice. « Les développements jurisprudentiels relatifs à l’“égalité réelle” en emploi : maintenant aux employeurs d’agir » dans par Barreau du Québec et Service de la formation continue, *Le tribunal des droits de la personne: 25 ans d’expérience en matière d’égalité.*, Yvon Blais, Montréal, 2015, 43.
- Wallace, Michele et Elsa Dorlin. *Black feminism: anthologie du féminisme africain-américain, 1975-2000*, Paris, L’Harmattan, 2008.
- Wright, Erik Olin. « Foundations of a neo-Marxist Class Analysis » dans Erik Olin Wright, dir, *Approaches to Class Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

C. Articles de revues juridiques

- Aubry, Alexis. « CDPDJ c Bombardier inc : réflexion sur le lien requis entre la différence de traitement et le motif illicite de discrimination » (2014) 44:2 RGD 505.
- Belleau, Marie-Claire. « Féminisme juridique “distinct”? Comparaison entre le Québec et le ROC (“Rest of Canada”) » (2005) 35 RDUS 425.
- Bernatchez, Stéphane. « Le concept de droits » (2015) Hors-série-Mélanges en l’honneur de Jacques-Yvan Morin RQDI 131.
- Bernatchez, Stéphane. « Un tribunal spécialisé pour résister à l’approche civiliste en matière des droits de la personne » (2012) 42 RDUS 203.
- Biens, Jean-François Gaudreault-Des. *La Critical Race Theory ou le droit étatique comme outil utile, mais imparfait, de changement social*, 48, Ed juridiques associées, 2001.

- Bigenwald, Antoine. « L'évaluation des objectifs législatifs en vertu de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés » (1994) 35:4 C de D 779.
- Bilge, Sirma et Olivier Roy. « La discrimination intersectionnelle : la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire » (2010) 25:1 RCDS 51.
- Boivin, Michelle. « Le besoin urgent d'un nouveau cadre conceptuel en matière de droits à l'égalité » (2004) 45:2 C de D 327.
- Bosset, Pierre et Michel Coutu. « Acte fondateur ou loi ordinaire? Le statut de la Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre juridique québécois » (2015) Hors-Série Mélanges Jacques-Yvan Morin RQDI 37.
- Brun, Henri et André Binette. « L'interprétation judiciaire de la condition sociale, motif de discrimination prohibé par la Charte des droits du Québec » (1981) 22:3-4 C de D 681.
- Brunelle, Christian. « La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale » (2006) 66:5 R du B 143.
- Chicha, Marie-Therese. « Discrimination systémique et intersectionnalité : la déqualification des immigrantes à Montréal » (2012) 24 CJWL 82.
- Crenshaw, Kimberle. « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics » (1989) 1989 U Chicago Legal F 139.
- Deslauriers, Patrice. « Les pertes non pécuniaires : compte-rendu/constat/critiques » (2005) 39 RJT 371.
- Freeman, Jody. « Defining Family in *Mossop v. DSS* : The Challenge of Anti-essentialism and Interactive Discrimination for Human Rights Litigation » (1994) 44 UTLJ 41.
- Froc, Kerri A. « Multidimensionality and the Matrix : Identifying Charter Violations in Cases of Complex Subordination » (2010) 25:1 RCDS 21.
- Garry, Ann. « Intersectionality, Metaphors, and the Multiplicity of Gender » (2011) 26:4 Hypatia 826–850.
- Gilles, David et Simon Labayle. « L'irrédentisme des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique » (2012) 42 RDUS 309.
- Hannett, Sarah. « Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination » (2003) 23:1 Oxford Journal of Legal Studies 65-86.

- Hutchinson, Darren L. « Identity Crisis : “Intersectionality”, “Multidimensionality”, and the Development of an Adequate Theory of Subordination » (2000) 6 Michigan Journal of Race and Law 285.
- Iyer, Nitya. « Categorical Denials : Equality Rights and the Shaping of Social Identity » (1993) 19 Queen’s Law Journal 179.
- Kachoukh, Fériel. « Discriminations multiples Rendre visible l’invisible » (2014) 103:4 Plein droit 7.
- Kropp, Douglas. « “Categorical” Failure : Canada’s Equality Jurisprudence - Changing Notions of Identity and the Legal Subject » (1997) 23 Queen’s Law Journal 201.
- Lalonde, Louise. « L’application de la Charte des droits et libertés de la personne dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux. Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu » [2006] Revue du Barreau / Numéro thématique hors série 321.
- Lascoumes, Pierre et Évelyne Serverin. « Théories et pratiques de l’effectivité du droit » (1986) 2:1 Droit et société 101-124.
- LeBel, Louis. « Reconnaissance et effectivité des droits fondamentaux : la fonction démocratique des tribunaux constitutionnels » (2015) Hors-série-Mélanges en l’honneur de Jacques-Yvan Morin RQDI 25.
- Martin, Isabelle. « Reconnaissance, respect et sollicitude : vers une analyse intégrée des exigences de la dignité humaine » (2010) 15:2 Lex Electronica.
- Morel, Andre. « La Charte québécoise : Un document unique dans l’histoire législative canadienne » (1987) 21 RJT 1.
- Morin, Jacques-Yvan. « Une charte des droits de l’homme pour le Québec » (1963) 9:4 McGill Law Journal 273.
- Pinard, Danielle. « La méthode contextuelle » (2002) 81 R du B can 323.
- Pothier, Dianne. « Connecting Grounds of Discrimination to Real People’s Real Experiences » (2001) 13 CJWL 37.
- Proulx, Daniel. « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles » [2003] R du B (numéro spécial sur la Charte canadienne) 487.
- Proulx, Daniel. « Le droit à l’égalité : pierre angulaire de la Charte québécoise? » (2015) Hors-série / Mélanges Jacques-Yvan Morin RQDI 61.

- Proulx, Daniel. « Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law* : un pas en avant ou un pas en arrière? » (2001) 61 R du B 187.
- Rivet, Michèle et Anne-Marie Santorineos. « Juger à l'ère des droits fondamentaux » (2012) 42 RDUS 363.
- Robitaille, David. « La pensée holistique de Jacques-Yvan Morin : la nécessaire justiciabilité des droits socioéconomiques comme fondement de la démocratie libérale » (2015) Hors-Série Mélanges en l'honneur de Jacques-Yvan Morin RQDI 81.
- Roux, Juliette. « L'égalité entre (toutes) les femmes et les hommes. Les mutations du droit vers la protection contre les discriminations multiples et intersectionnelles » (2015) 7 La Revue des droits de l'homme, en ligne : La Revue des droits de l'homme <revdh.revues.org/1116>.
- Ruparelia, Rakhi. « Legal Feminism and the Post-Racism Fantasy » (2014) 26:1 CJWL 81.
- Samson, Mélanie. « Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle : convergence ou divergence ? » (2008) 49:2 C de D 297.
- Sheldon, C. Tess. « It's not working : Barriers to the inclusion of workers with mental health issues » (2011) 29 Windsor YB Access Just 163.
- Snyder, Emily. « Indigenous Feminist Legal Theory » (2014) 26:2 CJWL 365-401.
- Vézina, Nathalie. « Préjudice matériel, corporel et moral : variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité » (1993) 24 RDUS 161.

D. Articles de revues scientifiques (autres disciplines)

- Bereni, Laure et Vincent-Arnaud Chappe. « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique » (2011) 94:2 Politix 7-34.
- Bilge, Sirma. « Théorisations féministes de l'intersectionnalité » (2010) 225:1 Diogène 70-88.
- Bürkner, Hans-Joachim. « Intersectionality: How Gender Studies Might Inspire the Analysis of Social Inequality among Migrants: Intersectionality and the Analysis of Social Inequality among Migrants » (2012) 18:2 Population, Space and Place 181-195.
- Carastathis, Anna. « The Concept of Intersectionality in Feminist Theory » (2014) 9:5 Philosophy Compass 304-314.
- Carles, Isabelle. « Les discriminations multifactorielles fondées sur le genre et l'origine ethnique » (2011) 4:1292 Hommes & Migrations 48-56.

- Chagnon, Rachel. « Constats sur la difficile intégration d'une analyse intersectionnelle en droit canadien: Le traitement de la polygamie dans l'affaire Bountiful » (2014) 26:2 *Nouvelles pratiques sociales* 187.
- Chappe, Vincent-Arnaud. « Le droit au service de l'égalité ? Comparaison des sociologies du droit de la non-discrimination française et états-unienne » [2014] 27 *Tracés* 107.
- Choo, Hae Yeon et Myra Marx Ferree. « Practicing Intersectionality in Sociological Research: A Critical Analysis of Inclusions, Interactions, and Institutions in the Study of Inequalities » (2010) 28:2 *Sociological Theory* 129–149.
- Collins, Patricia Hill. « Social Inequality, Power, and Politics: Intersectionality and American Pragmatism in Dialogue » (2012) 26:2 *Journal of Speculative Philosophy* 442–457.
- Crenshaw, Kimberlé Williams et Oristelle Bonis. « Cartographies des marges : intersectionnalité, politique de l'identité et violences contre les femmes de couleur » (2005) 39:2 *Cahiers du Genre* 51.
- Crenshaw, Kimberle, Leslie McCall et Sumi Cho. « Toward a Field of Intersectionality Studies : Theory, Applications, and Praxis » (2013) 38:4 *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 785.
- Davis, Kathy. « Intersectionality as buzzword: a sociology of science perspective on what makes a feminist theory successful » (2008) 9 *Feminist Theory* 67.
- Jaunait, Alexandre et Sébastien Chauvin. « Représenter l'intersection » (2012) 62:1 *Revue française de science politique* 5.
- Nash, Jennifer C. « Re-thinking intersectionality » (2008) 89 *Feminist review* 1.
- Poiret, Christian. « Articuler les rapports de sexe, de classe et interethniques: Quelques enseignements du débat nord-américain » (2005) 21:1 *Revue européenne des migrations internationales* 195-226.
- Sauvé, Jean-Sébastien. « L'interdiction de discriminer les personnes trans* dans la Charte des droits et libertés de la personne » [2015] 23 *Enfances Familles Générations* 108.
- Walby, Sylvia. « Complexity Theory, Systems Theory, and Multiple Intersecting Social Inequalities » (2007) 37:4 *Philosophy of the Social Sciences* 449–470.
- Wilkinson, Lori. « Advancing a Perspective on the Intersections of Diversity: Challenges for Research and Social Policy » (2003) 35:3 *Canadian Ethnic Studies* 26-38.
- Wilkinson, Lori. « Six nouvelles tendances de la recherche sur le racisme et l'inégalité au Canada » 39 *Cahiers de recherche sociologique* 109-140.

Yuval-Davis, Nira. « Intersectionality and Feminist Politics » (2006) 13:3 *European Journal of Women's Studies* 193-209.

Yuval-Davis, Nira. « Situated Intersectionality and Social Inequality » (2015) 58:2 *Raisons politiques* 91.

E. Documentation internationale et étrangère

Burri, Susanne et Dagmar Schiek. *Multiple discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, 2009.

Commission des droits de l'homme, *Prise en compte des droits fondamentaux des femmes dans tous les organismes du système des Nations Unies*, E/CN4/RES/2002/50, avril 2002.

Conseil des droits de l'homme, *Les femmes rurales et le droit à l'alimentation : étude préliminaire*, A/HR/AC/9/5, juillet 2012.

Conseil des droits de l'Homme, *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences*, A/HRC/20/16/add4, mai 2012.

Conseil des droits de l'Homme, *Written statement submitted by the Canadian Human Rights Commission*, A/HRC/21/NI/3, 20 septembre 2012.

Direction générale des politiques internes - Département thématique C : Droits des citoyens et affaires constitutionnelles. *Discrimination générée par l'intersection des dimensions du genre et du handicap*, Parlement européen, 2013.

F. Publications d'organismes de défense des droits

Association multi-ethnique pour l'intégration des personnes handicapées du Québec. *Qui sommes-nous? Philosophie de base*.

Bosset, Pierre. « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable » dans Pierre Bosset et Myriam Jézéquel, dir, *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où?: des outils pour tous*, Cowansville, Québec, Yvon Blais, 2007, en ligne : Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où?: des outils pour tous <http://www.cdpdj.qc.ca/Publications/accommodements_fondements_juridiques.pdf>.

Bosset, Pierre. *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003.

Bosset, Pierre. *La Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre constitutionnel québécois : évolution et perspectives*, Conférence de lancement de l'Association

québécoise de droit constitutionnel, coll Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2005.

Clinique internationale de défense des droits humains et Femmes autochtones du Canada. *Discrimination intersectionnelle et droit à l'identité*, 2012, en ligne : http://www.cidhdh.uqam.ca/documents/discrimination_femmes_autochtones_CIDDHU_FR.pdf.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. *Rapport d'activités et de gestion 2014-2015*, 2015, en ligne : http://www.cdpedj.qc.ca/Publications/RA_2014_2015.pdf.

Commission ontarienne des droits de la personne, Direction des politiques et de l'éducation. *Les commissions des droits de la personne et les droits économiques et sociaux*, Document de recherche, en ligne : <http://www.ohrc.on.ca/fr/les-commissions-des-droits-de-la-personne-et-les-droits-%C3%A9conomiques-et-sociaux> (consulté le 20 mars 2016).

Commission ontarienne des droits de la personne. *Approche intersectionnelle de la discrimination : Pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples*, 2001.

Coutu, Michel et François Fournier. « Le Québec et le monde 1975-2000 : mutations et enjeux » dans *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés. Volume 2, Études*, Montréal, CDPDJ, 2003, 247.

Coutu, Michel et Pierre Bosset. « La dynamique juridique de la Charte » dans *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés. Volume 2, Études*, Montréal, CDPDJ, 2003, 247.

Ducharme, Daniel et Paul Eid. *La notion de race dans les sciences et l'imaginaire raciste : la rupture est-elle consommée?*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2005, en ligne : http://www.cdpedj.qc.ca/publications/race_science_imaginaire_raciste.pdf.

Gagnon, Muriel et Pierre Bosset. « Le droit à l'égalité : des progrès remarquables, des inégalités persistantes » dans *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés. Volume 2, Études*, Montréal, CDPDJ, 2003, 247.

Ledoyen, Alberte. *Lignes directrices sur la condition sociale*, Document adopté à la 384^e séance le 31 mars 1994, par la résolution COM-384-611, Cat 212084, Commission des droits de la personne, 1994, en ligne : http://www.cdpedj.qc.ca/Publications/lignes_condition.pdf.

Lescop, Renée, Madeleine Caron, Commission des droits de la personne du Québec et Francine Fournier. *La condition sociale*, Commission des droits de la personne du Québec, 1980.

G. Publication du Tribunal des droits de la personne du Québec

Orientations générales du Tribunal des droits de la personne, Charte des droits et libertés de la personne (LRQ, c C-12, a 106, 2e al).

H. Journal des débats de l'Assemblée nationale du Québec

Québec, Commission permanente de la justice. *Journal des débats*, 30e lég, 3e ses, no 153 (25 juin 1975).

Québec, Assemblée nationale. *Journal des débats*, 32e lég, 3e ses, no 91 (1er décembre 1982).

Québec, Commission permanente de la justice. *Journal des débats*, 32e lég, 3e ses, no 230 (16 décembre 1982).

I. Mémoires et thèses

Baril, Alexandre. *La normativité corporelle sous le bistouri : (re)penser l'intersectionnalité et les solidarités entre les études féministes, trans et sur le handicap à travers la transsexualité et la transcapacité*, Thèse de doctorat en philosophie en études féministes, Université d'Ottawa, 2013, en ligne : <<http://www.ruor.uottawa.ca/handle/10393/30183>> (consulté le 10 novembre 2014).

Boulanger, Isabelle. *Il est minuit cinq pour les femmes autochtones du Canada : vers une analyse intersectionnelle des discriminations de genre et de race*, Mémoire de maîtrise en droit international, Université du Québec à Montréal, 2010, en ligne : <<http://www.archipel.uqam.ca/3315/>> (consulté le 25 juin 2015).

J. Autre

Lalonde, Louise. « L'interdisciplinarité comme “contextes”, quels usages de l'Autre? » dans *Actes des 4e et 5e Journées d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Cowansville, Yvon Blais, 2016 (à paraître).

Lalonde, Louise. « L'internormativité sous l'angle de la détermination du sens des normes; vers un droit de la gouvernance », 2017 (à paraître).